

تأليف

أبي القاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني

المتوفى سنة (٨٣٩ هـ)

حققه وضبطه ورقم نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

دار ابن حزم



مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء



شرح التفريع

تأليف

أبي القاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني

المتوفى سنة (٨٣٩ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

الجزء الثالث

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء

دار ابن حزم

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م



ISBN 978-9959-856-79-1

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

كتاب الأطعمة

باب: ما يحل وما يحرم من الحيوان وغيره

فصل: في أكل صيد البحر:

قال مالك يرحمه الله: ولا بأس بأكل ميتة الحيتان طافيًا كان أو راسبًا وصيد البحر كله حلال.

كتاب الأطعمة[(١)]

باب: ما يحل وما يحرم من الحيوان وغيره

قوله: (ولا بأس بأكل ميتة الحيوان طافيًا كان أو راسبًا).

ما ذكره في طافي الحوت وهو ما مات منه فطفا على وجه الماء لم يحك فيه أكثر أهل المذهب خلافًا.

وقال ابن عطية[(٢)] في سورة «**النحل**»: في أكله قولان في المذهب، وما زال شيخنا . حفظه الله تعالى . يستغربه؛ لأنه إنما يعرف لأبي حنيفة، ولمالك في «كتاب محمد»: إن باع حوتًا طافيًا ولم يبين فذلك عيب يرد بأنه إذ لعله ممن لا يرى أكله.

قوله: (وصيد البحر كله حلال).

يدخل في كلامه إنسان الماء وهو كذلك.

وقال الليث بن [سعد[(٣)]][(٤)]: لا يؤكل ويدخل فيه الجريث.

وكرهه بن حبيب؛ لأنه يقال: إنه ممسوخ.

قال الجوهري[(٥)] وابن [سيده][(٦)]: وهو بالجيم والراء مشددة،والثاء مثلثة ضرب

---

(١) في ب: لم يبوب لها الأكثر.

(٢) «المحرر الوجيز» (٣/ ٤٢٨).

(٣) انظر: «البيان» (٣/ ٣٠٠).

(٤) في ب: سعيد.

(٥) «الصحاح» (١/ ٢٧٧).

(٦) في الأصل: السكيت، والمثبت هو الصواب، انظر: «المحكم» (٧/ ٣٦٧) و«المخصص» (٣/ ١٦).

ويكره أكل كلب الماء، وخنزيره من غير تحريم له، وأنكر تسميته خنزيرًا.
ولا بأس بأكل السرطان، والسلحفاة، والضفدع.

من السمك.

قوله: (ويكره أكل كلب الماء وخنزيره من غير تحريم، وأنكر تسميته خنزيرًا).

ما ذكره من الكراهة في كلبه مثله روى ابن شعبان[١].

وقال ابن حبيب: والمشهور نفيها، وهو ظاهر قولها[٢]:[ويؤكل][٣] طافي الحوت وجميع دواب البحر.

وما ذكره في خنزيره مثله لابن القاسم، وعن مالك الوقف، وكلاهما فيها[٤].

وقيل: إنه جائز.

وقيل: إنه ممنوع، وكلاهما حكاه ابن بشير، وإنما توقف مالك لعموم قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦] ولعموم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة:٣].

قوله: (ولا بأس بأكل السرطان والسلحفاة والضفدع، ولا بأس بأكل ما صاده المجوسي من الحيتان كلها).

ظاهره : سواء كات تطول حياته في البر أم لا.

والثاني واضح أكله.

واختلف في الأول على ثلاثة أقوال:

فقيل: يؤكل على ظاهر كلام الشيخ وهو المشهور.

وقيل: لا، قاله محمد بن دينار.

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٣٦١).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢١).

(٣) في ب: «ويكره» والمثبت هو الصواب.

(٤) «المدونة» (١/ ٥٣٧)، و«التهذيب» (٢/ ٢٢).

فصل: في أكل الطير:

ولا بأس بأكل الطير كلها ما كان منها ذا مخلب أو غير مخلب كالبازات، والعقبان، والرخم، والحُدَيَّات، والغربان، وسائر سباع الطير، وهي في ذلك بخلاف سباع الوحش.

وقيل: بالأول فيما مأواه في الماء ولو رعى في البر.

وبالثاني فيما مأواه بالبر وإن عاش في الماء، رواه عيسى عن ابن القاسم ، والثلاثة حكاها الباجي[1].

وقال ابن [رشد][2][3]: القول الثالث هو تفسير مذهب مالك.

قوله: (ولا بأس بأكل الطير كلها ما كان منها ذا مخلب أو غير ذي مخلب كالبزاة والعقبان والرخم والحديات والغربان وسائر سباع الطير، وهي في ذلك بخلاف سباع الوحش).

ما ذكره في ذي المخلب هو المشهور،وروى ابن أبي أويس: لا يؤكل.

قال المازري: لعل أصحابنا يحملون النهي عنه على التنزيه، ويدخل في كلامه الطير إذا أكل الجيف وهو نصها[4].

قال ابن رشد[5]: وهو متفق عليه من العلماء وليس كذلك لقول «الكافي»[6]: جماعة من المدنيين لا يجيزون سباع الطير ولا ما أكل الجيف منها[7].

ويدخل فيه أيضًا الهدهد وهو المعروف، ونصها.

---

(١) «المنتقى» (٣/ ١٢٩).

(٢) في ب: راشد.

(٣) «البيان» (٣/ ٣٠٠).

(٤) «المدونة» (١/ ٥٤٢)، والتهذيب» (٢/ ٢٦).

(٥) «البيان» (٣/ ٣٦٩).

(٦) «الكافي» (١/ ٤٣٧).

(٧) «المدونة» (١/ ٤٥٠).

فصل: فيما يحل أكله من الحيوان:

ولا يؤكل شيء من سباع الوحش مثل الأسد، والذئب، والفهد، والنمر، والضبع .

وفي «الزاهي»[١] : كره ابن وهب الهدهد والصرد، ويدخل فيه الخطاف وهو المشهور،ونصها[٢]، **وقيل: إن** أكلها مكروه، قاله مالك في رواية علي.

وظاهر كلام الأكثر أن [الخلاف][٣] المذكور يختص بها.

وقال ابن بشير: وقع في الخطاف وما في معناه الكراهة فلعله لقلة لحمها فهو من باب إتلاف الحيوان بغير فائدة.

قال ابن عبد السلام:وفيما ذكره نظر .

يعني: أنه يمنع قوله: بغير فائدة.

قوله: (ولا يؤكل شيء من سباع الوحش مثل الأسد والذئب والفهد والنمر والضبع).

أراد بـ «لا يؤكل» الكراهة؛ لأنه الذي رواه العراقيون عن مالك.

وفي المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: هذا.

وقيل: بتحريم أكلها، قاله ابن القاسم وابن كنانة.

وقيل: بحرمة ما يعدو كالأسد والنمر وكراهة غيره كالثعلب والهر، حكاه ابن حبيب عن المدنيين، والثلاثة حكاها الباجي[٤] وصرح ابن بشير بأن المشهور منها هو الأول.

وحمل الأبهري وابن الجهم والباجي عليه قولها[٥]: ولا أحب أكل السبع والثعلب

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٣٦٠).

(٢) «المدونة» (١/ ٤٥٠).

(٣) في ب: الخطاف.

(٤) «المنتقى» (٢/ ٢٦٢).

(٥) «المدونة» (١/ ٥٤١).

ولا بأس بأكل الوَبْر، والثعلب، والأرنب، ويكره أكل الهر وحشيًا كان أو إنسيًا، ولا بأس بأكل الحمر الوحشية ،ولا تؤكل الحُمر الأهلية، ولا البغال،

والذئب والهر الوحشي والإنسي،ولا شيء من السباع.

وقال بعض شيوخنا[١]: الأظهر حمل قولها: «فيما يعدو» على التحريم لقولها[٢]: من سرق سباع الوحش التي لا تؤكل لحومها وبلغت قيمة جلودها بعد ذكاتها ثلاثة دراهم قطع؛ لأن لصاحبها بيع جلود ما ذكي منها.

والصلاة عليها وإن لم تدبغ، وروى ابن حبيب: يكره أكل الفأرة ولا يحرم.

ابن رشد[٣]: هي من ذي الناب من السباع.

قوله: (**ولا بأس بأكل الوَبْر والثعلب والأرنب**).

عياض[٤]: الوبر بسكون الباء: فوق اليربوع ودون السنور.

وأراد الشيخ بـ «لا بأس» لصريح الإباحة.

وما ذكره في الثعلب خلاف قولها[٥]: «لا أحب أكلها حسبما قدمناه».

قوله: (**ويكره أكل الهر وحشيًا كان أو إنسيًا، ولا بأس بأكل الحمر الوحشية**).

قد تقدم ما فيه.

قوله: (**ولا تؤكل الحمر الأهلية ولا البغال**).

يريد بقوله: «ولا تؤكل» التحريم.

وقيل: إن أكلها مكروه، هذا نقل الأكثر.

وحكى النواوي[٦] قولًا في المذهب بإباحة أكل الحمر.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٣/ ٣١٧).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٣٨).

(٣) «البيان» (١/ ٥٢٨).

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٤٧٩).

(٥) «المدونة» (١/ ٥٤١).

(٦) «المجموع » (٩/ ٦-٧).

ويكره أكل الخيل.

فصل: فيما يحرم أكله من الحيوان:

ولا تؤكل الكلاب والخنزير محرم أكل لحمه وشحمه، ولا بأس بالانتفاع بشعره في الخرز وغيره.

وما زال شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ يغرب به إذا نقله.

قوله: (ويكره أكل الخيل).

ما ذكر من كراهة الخيل هو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: بإباحتها.

وقيل: بتحريمها، وبه الفتوى.

قوله: (ولا تؤكل الكلاب).

هو مما يفترس، فيه الخلاف كما تقدم.

قوله: (والخنزير محرم أكله لحمه وشحمه، ولا بأس بالانتفاع بشعره في الخرز وغيره).

ما ذكر من أن لحم الخنزير محرم فهو بالقرآن.

وأما شحمه فهو بالإجماع.

قالوا: والعلة في تحريمه أن لحمه يؤثر الحرص على الدنيا، و يذهب بالغيرة.

قالت الحكماء: أكل أربع أربعًا فأفادتها أربعًا: أكل السودان القردة فأفادتها الرقص والطرب، وأكلت العرب لحوم الإبل فأفادتها الحقد والكرم، وأكلت الترك لحوم الخيل فأفادتها القساوة، وأكلت الروم لحوم الخنزير فأفادتها الخسة وعدم الغيرة.

قال ابن رشد: وبلغني أن هذه المقالة ذكرت بين يدي شمس الدين ابن [ماحل][1] والي الإسكندرية فقال بعض الحاضرين منكتًا على المغاربة: يا مولانا بل هي خمس، فقال: وما الخامس؟

فقال: وأكلت المغاربة الكلاب فأفادتها التهاوش.

---

(١) في ب: ماجل.

فصل: في طعام أهل الكتاب:

ولا بأس بطعام أهل الكتاب وذبائحهم.

ويكره أكل شحوم اليهود من غير تحريم لها.

ولا يؤكل ما ذبحه اليهود من الإبل لتحريمها عليهم، ولا بأس بما لا ذكاة له من طعام المجوس، ولا يحل أكل ذبائحهم.

فقال له بعض الأندلسيين: بل هي ستة، فقال له: وما السادس؟

فقال: وأكل أهل مصر الفئران فأفادتهم الخيانة.

فقال ذلك القائل: أو كل أهل مصر يأكلون الفئران؟

فقال له: أو كل المغاربة يأكلون الكلاب ؟

فانفصل المجلس على استحسان جواب الأندلسي.

قوله: (**ولا بأس بطعام أهل الكتاب وذبائحهم**).

تقدم ما في ذبائحهم من الخلاف.

قوله: (**[ويكره أكل][1] شحوم اليهود من غير تحريم لها**).

ما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة، **وقيل**: حرام، **وقيل**: مباح.

قوله: (**ولا يؤكل ما ذكاه اليهودي من الإبل لتحريمها عليهم، ولا بأس بما لا ذكاة له من طعام المجوسي، ولا يحل أكل ذبائحهم**).

أراد بقوله: «ولا يؤكل» التحريم لقوله: «لتحريمها عليهم» وهذا هو المشهور.

وقيل: إن أكلها مكروه.

وقيل: مباح.

[وكذا][2] الثلاثة فيما حرموه على أنفسهم ولم يثبت بشرعنا إلا أن المشهور منها الإباحة، فإذا جمعت الفرعين جاءت الأقوال أربعة: التحريم مطلقًا، والكراهة،

---

(١) في ب: وتكره.

(٢) في ب: وكذلك.

ولا يؤكل جبنهم للنفحة التي فيه.

❊ ❊ ❊

والإباحة، والتحريم فيما ثبت تحريمه عليهم بشرعنا كذي الظفر، والإباحة فيما حرموه على أنفسهم، ولم يثبت بشرعنا وهو المشهور.

قوله: (ولا يؤكل جبنهم للأنفحة التي فيها).

ظاهر تعليله يقتضي التحريم، وهو كذلك عند المحققين، وقد ألف الشيخ أبو بكر الطرطوشي كتابًا في تحريمه فلا ينبغي للمسلم أن يشتري من حانوت فيه شيء منه؛ لأنه ينجس الميزان والبائع والآلة.

ويذكر أنه من أتى إلى قبره بالإسكندرية وتاب إلى الله تعالى من أكل جبن الروم وعقد مع الله تعالى ألا يأكله إن لم يتقدم له أكل ودعا إلى الله في حاجة فإنه يجيب دعوته فيها، جرّب الناس ذلك.

❊ ❊ ❊

باب: في الانتفاع بالميتة

فصل: في حكم الطعام تقع فيه ميتة:

قال مالك -يرحمه الله: وما وقعت فيه الميتة أو غيرها من النجاسات من الطعام والشراب، فإن كان جامدًا طرحت وما حولها وانتفع بباقيه، وإن كان ذائبًا فهو نجس وأريق كله، ولا بأس بإسراج النجس.

باب: في الانتفاع بالميتة

قوله: (وما وقعت فيه الميتة أو غيرها من النجاسات من الطعام أو الشراب فإن كان جامدًا طرحت وما حولها وانتفع بباقيه، وما كان ذائبًا نجس وأريق كله).

ما ذكره في الجامد مثله فيها(١)**، وتممه سحنون بقوله**: هذا إذا لم يطل مكثها فيه، وأما إذا طال فإنه يتنجس وحمل على التفسير، وما ذكره في الذائب.

وظاهره: وإن كانت النجاسة يسيرة والطعام المائع كثيرًا، وهو كذلك على المشهور.

وقيل: إن كان كما ذكر فلا تنجيس.

وقال خليل(٢): قال شيخنا - يعني به: عبد الله المنوفي-: ولو فرق بين ما يعسر الاحتراز منه كروث الفأر فيعفى عنه، وبين ما لا يعسر كبول ابن آدم [فلا يعفى عنه](٣) [فينجس لما بعد](٤).

قوله: (ولا بأس [بالإسراج بالدهن النجس ويتحفظ منه](٥)).

ما ذكره بَيِّنٌ ويعني به في غير المساجد وهو أحد القولين.

روى يحيى بن عمر عن ابن عبد الحكم أنه قال: لا ينتفع به بحال ولا يحل ولو

---

(١) «التهذيب» (١/ ١٩٣).

(٢) «التوضيح» (١/ ٤١).

(٣) زيادة من «التوضيح».

(٤) في ب: فينجس ما أنفذ.

(٥) في ب: بإسراج الدهن النجس في غير المساجد.

ولا بأس باستعماله في الصابون، ويتحفظ منه، ويغسل ما أصابه من الثياب، ولا يطهر الدهن النجس بغسله، ولا يجوز أكله، ولا بيعه.

جاز لجاز أن ينتفع بشحم الميتة.

وما استدل به لا يلزم؛ لأنه فرق بين نجس الذات وما تنجس بغيره، وظاهر احتجاجه يقتضي أن الانتفاع بشحم الميتة متفق عليه.

ونقل أبو محمد في «نوادره»[١] عن [ابن الجهم][٢] والأبهري: أنه لا بأس أن يوقد بشحم الميتة إذا تحفظ منه.

قوله: (ولا بأس باستعماله في الصابون ويتحفظ منه ويغسل ما [أصابه][٣] **من الثياب).**

ما ذكره خالف فيه ابن الماجشون، وقال: لا يجوز.

قوله: (ولا يطهر الدهن النجس بغسله ولا يجوز أكله ولا بيعه).

ما ذكر من عدم طهارته، وظاهره: وإن كثر وهو أحد الأقوال الأربعة.

وقيل: إنه يطهر بطبخه بماء مرتين أوثلاثًا، قاله مالك وأبو بكر بن اللباد.

وقيل: يطهر إن كثر، قاله أصبغ.

وقيل: إن تنجس بماء ماتت فيه دابة فإنه يطهر، وإن ماتت فيه فلا، قاله ابن الماجشون ويحيى بن عمر.

قال المازري في «التعليقة» في «كتاب البيوع الفاسدة»: وصفة غسل الزيت النجس أن يؤخذ قلة فتثقب في جنبها ثقبة لطيفة وتملأ مليانًا ناقصًا بالماء والزيت، وتحرك وتمخض وهي مغلقة حتى يعلم أن أجزاءه دخلت في بعضها بعضًا، فيترك ساعة حتى [يتميز][٤] الزيت من الماء ويطلع الزيت فوقه ، ويفتح ذلك الأنبوب

---

(١) «النوادر» (٤/ ٣٧٧).

(٢) في ب : «ابن القاسم الجهم» والمثبت هو الصواب.

(٣) ف ب: أصاب.

(٤) في ب: يتحيز.

ولا بأس بعلف الدواب الطعام النجس.

فصل: في حكم من اضطر لأكل الميتة:

ولا بأس أن يأكل المضطر من الميتة، شبعه، ويتزود لحاجته، فإذا وجد مذكى حرمت عليه .

فيسيل منه الماء حتى لا يبقى منه شيء، فيزاد عليه ماء آخر، ويغسل ثانيًا، ثم يصفى بعد ذلك مرارًا حتى يعلم أنه قد طهر، فيزال الزيت منه.

وما ذكر الشيخ من عدم بيعه، وظاهره ولو من نصراني هو المشهور وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: لا بأس ببيعه إذا [بيّن][1]، قاله ابن وهب.

وقيل: لا بأس ببيعه من غير المسلم، قاله أبو عمران موسى المناري [عن القرويين][2].

وعلى قول ابن وهب [فلا بد من تقييده][3] بأن يكون المشتري ممن لا يغتر الناس به.

قوله: (**ولا بأس بعلف الدواب الطعام النجس** [ما أكل لحمه وما لم يؤكل لحمه][4]).

ما ذكره هو أحد القولين.

وقيل: إنه كالميتة فلا ينتفع به بحال.

قوله: (**ولا بأس أن يأكل المضطر من الميتة شبعه ويتزود لحاجته، فإذا وجد مذكى حرمت عليه**).

إنما قال الشيخ: «لا بأس» كـ «الرسالة»[5] نفي لما يتوهم من التحريم، وإلا

---

(١) في ب: تبَّنَ.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: لابد من تعيينه.

(٤) في أ: ولا يحل أكل ذبائحهم، ولا يؤكل جبنهم للأنفحة فيها .

(٥) «الرسالة» (ص/ ٨١).

ومن اضطر إلى أكل الميتة وهو في سفر معصية لم يأكل منها حتى يفارق المعصية.

فالواجب أكله منها، وظاهر كلام عز الدين بن عبد السلام(١) الاتفاق على ذلك، وهو ظاهر كلام ابن يونس(٢) وغيره.

وقال اللخمي في «كتاب الجهاد»: وفي وجوب أكل الميتة وإباحته من غير إيجاب لخائف الموت بالجوع خلاف، وكذلك نقل الطرطوشي الخلاف أيضًا.

وما ذكره من شبعه هو قول الأكثر، وبه الفتوى.

وقيل: [إنما](٣) يأكل منها ما يسد به رمقه خاصة، قاله ابن حبيب وابن الماجشون وأبوه.

وحكاه ابن المنذر(٤) وعبد الوهاب(٥) عن مالك، وظاهر كلام الشيخ، وإن كانت ميتة آدمي وهو أحد القولين.

وقيل: يمنع ذلك، قاله ابن القصار.

قال [النووي في «روضته](٦)»: يجوز في الاضطرار: قتل الآدمي الذي لا حرمة له وأكله كالمرتد والحربي والزاني المحصن وتارك الصلاة.

وأخذ من هذه المسألة أن الحرام إذا غلب وتعذر تحصيل الحلال أنه لا يمنع من الأكل منه.

قوله: (ومن اضطر إلى الميتة وهو في سفر معصية لم يأكل منها حتى يفارق المعصية).

---

(١) «قواعد الأحكام» (١/ ٩٥).

(٢) «الجامع» (١/ ١٦٧).

(٣) في ب: إنه.

(٤) «الإشراف » (٨/ ١٧٠)، و«الإقناع» (٢/ ٦٢٦-٦٢٨).

(٥) «الإشراف » (٢/ ٩٢٢).

(٦) في أ: ابن المواز في «وصيته»، والمثبت من أ وشرح الرسالة لابن ناجي (١/ ٣٧٧).

ومن وجد ميتة وصيدًا وهو محرم فليأكل الميتة ولا يقتل الصيد إلا أن تكون الميتة متغيرة يخاف على نفسه من أكلها، ومن وجد ميتة ومالاً لغيره، أكل من مال غيره وضمنه.

وقيل: لا ضمان عليه فيما اضطر إليه، ولا يأكل الميتة مع وجوده، إلا أن يخاف القطع، فيجوز له أكلها.

ما ذكر مثله عن مالك[١]، وبه قال ابن حبيب، وابن العربي[٢]،واختار ابن يونس[٣] أكله، ووجهه بأنه توجه عليه فرضان: النزوع عن المعصية، وإحياء النفس، فإن فعلهما فهو المراد، وإن أراد أن يفعل أحدهما لم يؤمر بتركه من أجل أنه لم يفعل الآخر كمن شرب خمرًا ويزني ويرد [بأن][٤] استدلاله وإن كنت أقول [بموجبه][٥] بأن الشرب والزنا منفكان، فحالة تلبسه بالزنا غير متلبس بالشرب بخلاف الميتة وهو عاص.

قوله: (ومن وجد ميتة وصيدًا وهو محرم فليأكل الميتة ولا يقتل الصيد إلا أن تكون الميتة متغيرة يخاف على نفسه [من][٦] أكلها).

يقوم من كلام الشيخ أنه لو وجد ميتة وخنزيرًا فإنه يأكل الميتة وهو كذلك.

قال بعض شيوخ الفاكهاني: ويذكي المضطر الخنزير استحبابًا.

قوله: (ومن وجد ميتة ومالًا لغيره [أخذ][٧] من مال غيره وضمنه، وقد قيل: لا ضمان عليه فيما اضطر إليه، ولا يأكل الميتة مع وجوده إلا أن يخاف القطع فيجوز له أكلها).

---

(١) انظر: «الإشراف» (١/ ٣٠٤)، و «الكافي» (١/ ٤٣٩).

(٢) «المسالك» (٥/ ٣٢٤).

(٣) «الجامع» (١/ ١٦٨).

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب: بوجوبه.

(٦) زيادة من ب.

(٧) في ب: أكل.

....

ما ذكر من أكله مال الغير معناه ما لم يخف أن يقع عليه نقص في عدالته كما إذا كان المال الذي عنده أمنه القاضي عنده فيكون ذلك [لخوف][١] قطع يده لقول عياض في «مداركه»: ومن أخبار عبد الله بن البنا العجيبة أن عيسى بن مسكين كان أودعه ودائع فظهرت [أزمة][٢] شديدة فقيل لعيسى: ذهبت ودائع الناس من عند ابن البنا، فقال: لم؟ [قال][٣]: رأيناه يقطع الميتة.

فوجه إليه عيسى في إحضارها، فقال: نعم، فأحضرها.

فقال له عيسى: تأكل الميتة وهي عندك؟

فقال له: إن الميتة أحلت لي مع الاضطرار ولم يحل لي أن أخون أمانتي.

قال: ارجع بها، **قال له:** لا والله، وامتنع من قبولها.

وَضَعَّفَ الشيخ القول الثاني بتقدمة القول الأول عليه، وبقوله: وقد قيل: ولم يقل: وقيل: قال فيها[٤] في «حريم البئر»: وأما إن [حرث][٥] ولأرضه بئرٌ فانهارت فخاف على زرعه فإنه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن».

ما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة، وقيل: يأخذه بالثمن.، قاله مالك.

حكاه ابن يونس[٦]، وعن أشهب مثله إن كان مليا، وإن لم يكن مليا فالأول والذي به الفتوى لا يلزمه عكس [المال][٧]؛ لأن الماء مما [يتبذل][٨] غالبًا بخلاف

---

(١) في ب: كخوف.

(٢) في ب: أزمنة.

(٣) في ب: قالوا.

(٤) «المدونة» (٤/ ٤٦٩).

(٥) في أ: خزن.

(٦) «الجامع» (١/ ١٦٨).

(٧) في ب: الماء.

(٨) في أ: يتبدل.

فصل: في حكم من شرب الخمر اضطرارًا:

ولا يشرب المضطر خمرًا، ولا يعالج بها، ولا بشيء من النجاسات كلها، وإن كان في حلق رجل غُصة من طعام، ولم يجد ما يسيغها به إلا خمرًا فلا بأس أن يشربها ليدفع بها غُصَّته.

حكى هذا الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي الفرج عمرو بن محمد القاضي رحمه الله.

الطعام، وإن كان قال في «مساقاتها»: وقد يسوى الماء مالًا عظيمًا فذلك في النادر.

قوله: (ولا يشرب المضطر خمرًا ولا يتعالج بها ولا بشيء من النجاسات كلها).

ظاهر قوله: «ولا يشرب الخمر» وإن كان لدفع الجوع والعطش، وهو كذلك.

وقيل: إنه جائز وهو الصواب؛ إذ لا بد من كفايته ذلك ولو لحظة واختلف إذا أكره على شربه؟ فقيل: إنه لا يحل له شربه بخلاف الإكراه على القول .

وقيل: إنه جائز وهو التحقيق.

وظاهر كلام الشيخ: منع المداواة بالنجس ولو في ظاهر الجسد وهو الصحيح.

وقيل: إنه جائز إذا كان في ظاهره، ومن الشيوخ من يطلق الخلاف، فإن حمل على ظاهره كانت الأقوال ثلاثة: **ثالثها:** يجوز إذا كان في ظاهره.

وقول مالك: يجوز لمن عثر أن يبول على عثرته، جار عندي على ما تقدم من الخلاف.

قوله: (وإن كان في [حلق رجل غصة من طعام][1] ولم يجد ما يسيغها به إلا خمرًا فلا بأس أن يشربها ليدفع بها غصَّته .

حكى هذا الشيخ الأبهري عن أبي الفرج عمرو بن محمد القاضي ـ رحمه الله).

إنما قال الشيخ: «فلا بأس» نفي ما يتوهم من التحريم.

وإلا فهو الواجب عندي كالمضطر لأكل الميتة، ولذلك قال ابن عبد السلام: لا يبعد الوجوب.

---

(١) في ب: حلق رجل غصة بطعام.

فصل: فيما يجوز الانتفاع به من الميتة:

وإذا ماتت دجاجة فأخرجت منها بيضة فهي نجسة، ولا يحل أكلها، وإذا سلق بيض فوجد في بعضه فرخ ميت فهو نجس لا يجوز أكله، وكذلك لبن الميتة.

وقيل: إنه لا يجوز له، ولم يحك ابن الحاجب[1] غيره، وهو بعيد جدًّا.

قوله: (**وإذا ماتت دجاجة فأخرجت منها بيضة فهي نجسة لا يحل أكلها، وإذا سلق بيضٌ فوجد في بعضها فرخٌ ميتٌ فهو نجس لا يجوز أكله، وكذلك لبن الميتة**).

يؤخذ ما ذكره الشيخ من قول رضاعها[2] : ولا يحل اللبن [في][3] ضروع الميتة ولا يجعل في دواء.

وأخذ منها عياض[4] **نجاسة ابن آدم بالموت [فقال]**[5]: وهو خلاف قول مالك في الجنائز. يعني قوله: «أكره أن توضع الجنازة في المسجد».

قال: ويؤخذ منها [أيضًا][6] أنه لا يتداوى بالنجاسات وبالمحرمات.

وظاهر كلام الشيخ: سواء خرجت البيضة رطبة أو يابسة، وهو كذلك في الرطبة باتفاق، وباختلاف في اليابسة، حكاه ابن عبد البر[7].

قوله: «**وإذا سلق...**» إلى آخره.

لا خصوصية لما ذكره، بل وكذلك إذا سلق في ماء نجس.

وما ذكره هو المنصوص والمشهور، وبه قال ابن القاسم وابن وهب.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ١٣٧).

(٢) «المدونة» (١/ ١٨٣)، و«التهذيب» (٢/ ٤٤٨).

(٣) في ب: من.

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٦٩٤).

(٥) في : قال.

(٦) زيادة من ب.

(٧) «الاستذكار» (٥/ ٣٠٤).

ولا بأس بالانتفاع بصوف الميتة وشعرها.

وَخَرَّجَ اللخمي من أحد قولي مالك في تطهير اللحم أنه تؤكل السليمة، وصوبه؛ لأن صحيح البيض لا ينفذه مائع، ومنه ناقض ابن رشد ابن القاسم في البيض بقوله[١]: «يطهر اللحم النجس، وفي اللحم قول ثالث، وهو إذا طبخ بماء نجس من أول طبخه فلا يؤكل؛ لأن النجاسة قد داخلته وإن وقعت فيه بعد [طبخه][٢] فليؤكل اللحم بعد غسله، قاله في «السليمانية»، حكاه عبد الحق .

وكذلك اختلف في تطهير الزيتون النجس، وسمعت شيخنا -حفظه الله تعالى- ينقل عن الشيخ الفقيه أبي القاسم الغبريني أنه كان يفتي بتونس في الرأس إذا شوط بالنار قبل غسل دمه أنه لا يؤكل؛ لأن النار ترد الدم إلى داخل اللحم.

وعن بعض [المؤلفين][٣] من القرويين أنه حكى في بعض تأليفه عن الشيخ أبي محمد عن ابن أبي زيد: أنه يؤكل؛ لأنه محال رجوعه إلى داخل اللحم.

قلت: [وبها][٤] أفتيت غير ما مرة، وينبغي أن يأمر الرجل أهله بغسله قبل تشويطه ليخرج من الخلاف.

وكذلك أفتى الشيخ أبو القاسم المذكور في الشمعة المجعول فيها دنانير وتبلع لخوف الطريق ثم تخرج أنها تغسل وتطهر فيصلي بها وخالفه بعض شيوخنا وقال: لا [تقبل][٥] تطهيرًا أبدًا، وذلك أنها إذا كانت في الجوف فإنها ترطاب حتى تدخل النجاسة سائرها فلا [تتصلب][٦] إلا بعد خروجها بالهواء.

وكان شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ إذا نقل هذا الفرع والذي قبله تغرب بنقلهما وحقيق له ذلك.

قوله: (ولا بأس بالانتفاع بشعر الميتة وصوفها).

---

(١) «البيان» (١/ ١٨٩).

(٢) في ب: طيبة.

(٣) في ب: الموافيق.

(٤) في ب: وبهذا.

(٥) في أ: نقبل.

(٦) في أ: تتطلب.

وقال: ولا يجوز الانتفاع بريشها ولا عظمها ولا عصبها ولا قرنها.

يريد وكذلك الوبر، وظاهره: ولو شعر الخنزير والكلب، وهو كذلك؛ [لأنه][١] اختلف في طهارتهما على ثلاثة أقوال:

فقيل: طاهران ،وهو المشهور.

وقيل: نجسان، قاله أصبغ.

وقيل: شعر الخنزير وحده نجس، وسواء أخذ ذلك منهما قبل موتهما أو بعد، وقوة كلام الشيخ تقتضي أنه لا يغسل شعرها.

واستحسن فيها غسله، وقال ابن حبيب بوجوبه.

وفي «**العتبية**»[٢]: سئل مالك أيغسل صوف الميتة قبل أن يلبس؟ قال: إن كان يعلم أنه لم يصبه أذى فلا شيء عليه.

وقوة كلام ابن رشد[٣] [فهم][٤] أنه ثالث بترك الغسل، [كظاهر][٥] كلام الشيخ، ورجحه بقوله: «ولا معنى للغسل إذا علم أنه لم يصبه [إذا][٦] وبه أقول، واعلم أن شعر الميتة إذا بيع فلا بد من [تبيانه][٧]؛ لأنه مما تكرهه النفس.

ولما يقال: إنه يكثر [القمل][٨] وبذلك أفتى شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ غير ما مرة.

قوله: (ولا يجوز الانتفاع بريشها ولا عظمها ولا عصبها ولا قرنها).

اختلف في القرن والعظم والظلف والسن على ثلاثة أقوال حكاها غير

---

(١) في ب: إلا أنه.

(٢) انظر : «البيان» (١/ ١٠٢).

(٣) «البيان» (١/ ١٠٢، ١٠٣).

(٤) في أ: فيه.

(٥) سقط من ب.

(٦) في أ: فظاهر.

(٧) في ب: بيانه.

(٨) في أ: العمل.

وتكره المداهن والأمشاط من العاج..

واحد،والمشهور منها أنها نجس.

وقال ابن وهب: طاهر.

وقيل: بالفرق بين [طرفيها][(١)] وأصّلها .

ابن عبد السلام: إنما يتأتى هذا في غير العظم، وحكى الباجي[(٢)] في العظم الفرق بين أن يصلق أم لا؟ كأحد الأقوال الأربعة في أنياب الفيل.

وفيها[(٣)] :«وكره القرن والعظم والسن والظلف منها،ورآه ميتة».

[فأراد][(٤)] بالكراهة التحريم لقوله: «ورآه ميتة».

وقال ابن رشد[(٥)] في و«ضوء بيانه»: كرهه مالك ولم يحرمه، وهو بعيد لما ذكرناه.

فعلى [ذلك][(٦)] يكون خامسًا في العظم، ورابعًا في غيره.

وأراد الشيخ بقوله: «وريشها» ما يشبه العظم، وأما ما يشبه الشعر منه فهو كالشعر والصوف.

قوله: (وتكره المداهن والأمشاط من العاج).

تعبيره بالكراهة بعد ذكره فيما قبله «ولا يجوز»، يدل على أنها على بابها.

وفيها[(٧)]: «وكره الادهان في أنياب الفيل والمشط بها والتجارة فيها ورآه ميتة». فالكراهة على التحريم؛ لقوله: «ورآه ميتة » وأسقطه البرادعي ويتعقب بأنه [أحلَّ بفائدة حمل][(٨)] الكراهة على التحريم.

---

(١) في ب: أطرافها

(٢) «المنتقى» (٣/ ١٣٦).

(٣) «المدونة» (١/ ١٨٣)، و«التهذيب» (١/ ٢٦١).

(٤) في ب: وأراد.

(٥) «البيان» (١/ ١٠٣).

(٦) في أ: حمله.

(٧) «المدونة» (١/ ١٨٣)،و«التهذيب» (٣/ ١٦٦).

(٨) في ب: أضلَّ بفائدة وحمل.

وجلود الميتة قبل الدباغ نجسة، وبعد الدباغ طاهرة بطهارة مخصوصة، يجوز معها استعمالها في اليابسات وفي الماء وحده من دون المائعات،..............

وقد كره مالك - يرحمه الله - استعمالها في الماء في خاصة نفسه، ولم يضيفه على غيره، ولا يجوز بيعها، ولا الصلاة عليها، ....

وقال ابن المواز: إنما كرهه مالك ولم يحرمه؛ لإجازة من أجاز أن يمتشط بها، منهم عروة بن الزبير، وربيعة، وابن شهاب.

فالكراهة في أنياب الفيل خامس.

قوله: (**وجلود الميتة قبل الدباغ نجسة، وبعد الدباغ طاهرة طهارة مخصوصة يجوز معها استعمالها في اليابسات وفي الماء وحده من دون المائعات.**

وقد كره مالك ـ رحمه الله ـ [استعمالها][1] في الماء خاصة نفسه ولم يضيقه على غيره.

ولا يجوز بيعها، ولا الصلاة عليها).

قوة كلام الشيخ تقتضي أنه لا يصح استعماله قبل الدبغ، وهو كذلك.

وقيل: يصح الانتفاع به، قاله ابن وهب، وهو ظاهر سماع ابن القاسم .

وما ذكر أن طهارته بعد الدبغ مخصوصة هو المشهور.

وقيل: إن طهارته عامة فيصلي به وعليه، ويباع، ويستعمل في سائر المائعات، قاله ابن وهب.

وقيل: مثله في جلود الأنعام خاصة بخلاف ما لا يؤكل لحمه، رواه أشهب.

ويدخل كلام الشيخ أنه يستعمل جلدًا للرحا، وهو كذلك باتفاق عند ابن حارث، واتقاه بعضهم خشية أن [يتحتت][2] منه شيء في الدقيق.

وأخذ شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ الأول من قول «غصبها»[3]: «إذا دبغت جاز الجلوس عليها وتفترش وتمتهن للمنافع ولا تلبس».

وأجبته: بأن الطحن أشد لما ذكر.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في «شرح الرسالة» للمصنف: تحلل.

(٣) «التهذيب» (٤/ ٩٧).

وجلود الميتة مما أكل لحمه أو لم يؤكل لحمه سواء بمنزلة واحدة.

وأقام بعض المتأخرين منها جواز الجلوس على ثوب الحرير وهو قول عبد الملك ابن الماجشون، والمشهور قول مالك: لا يجوز.

وارتضى هذه الإقامة المذكورة شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى .

قال الباجي[(١)]: والدبغ هو [ما][(٢)] يزيل شعره وريحه ودسمه ورطوبته.

قوله: (وجلود الميتة مما أكل لحمه ولم يؤكل لحمه بمنزلة واحدة).

ظاهره: أن جلد الخنزير كغيره فيطهر بالدبغ، وهو كذلك عند ابن عبد الحكم وسحنون.

وقيل: لا يطهر، قاله ابن وهب.

وكذلك اختلف في جلد الحمار على قولين، وأخذ ابن رشد[(٣)] الثاني [فيها][(٤)] من قول صلاتها الأول[(٥)]: «ولا يصلى على جلد حمار وإن ذكي» مع أن قولها: «وإن ذكي» معارض لقول «غصبها»[(٦)]: «وإذا ذكيت جلود السباع جاز أن تلبس وتباع ويصلى عليها دبغت أم لا».

وما ذكره في غصبها هو المشهور [وهو أن][(٧)] ما ذكي مما لا يؤكل طهارته عامة.

وأشار إلى هذه المعارضة ابن الحاجب[(٨)].

❁ ❁ ❁

---

(١) «المنتقى» (٣/ ١٣٥).

(٢) في ب: أن.

(٣) «البيان» (٣/ ٣٥٦).

(٤) في ب: منها.

(٥) «التهذيب» (١/ ٢٦٠).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٩٧).

(٧) في ب: وقيل: إن.

(٨) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٥).

كتاب الأشربة

باب : ما يحرم من الأشربة

فصل: في حكم المسكرات:

قال مالك - يرحمه الله: وما أسكر كثيره فقليله [وكثيره][(١)] حرام من جميع الأشربة، وهو نجس..

كتاب الأشربة

باب : ما يحرم من الأشربة

قوله: (كتاب الأشربة) لم يفرد فيها «كتاب الأشربة» كالذي قبله.

قوله: (وما أسكر كثيره فقليله [وكثيره][(٢)] حرام من جميع الأشربة وهو نجس).

ما ذكر أن ما يسكر كثيره فقليله حرام من جميع المسكرات هو مذهبنا، وللحنفية تفصيل فيما يحرم ويحل من الأشربة يطول جلبه.

وما ذكر أنه نجس هو المشهور.

وقال ابن الحداد من القرويين، وابن لبابة من الأندلسيين: إن الخمر طاهر.

وبالأول الفتوى، [و][(٣)]من باب التنفير عنه.

وعليه فاختلف في الحشيشة :

فقيل: طاهرة، فلا إعادة على من صلى بها.

وقيل: نجسة.

وقيل: بالأول إن لم تحمض، وبالثاني إن حمضت.

وأما جوزة الطيب فإنها طاهرة بلا خلاف.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من أ .

وعلى شاربه الحد، ولا يحل لمسلم أن يملك خمرًا، ولا شرابًا مسكرًا، ....

قوله: (وعلى [شاربه][(١)] الحد، ولا يحل لمسلم أن يملك خمرًا ولا شرابًا مسكرًا).

يعني: ثمانين.

وقال جماعة من العلماء: يجلد أربعين جلدة.

وقال آخرون: أربعين ،وإن رأى الإمام أن يبلغ ثمانين فعل.

وقال ابن عبد السلام: [وهذا هو الظاهر][(٢)].

وظاهر كلام الشيخ: ولو كان بدويا [أو][(٣)] ادعى جهل التحريم فإنه لا يعذر، وهو كذلك، قاله مالك وأصحابه إلا ابن وهب فإنه قال: لا يحد ويعذر، وفعله عمر رضي الله عنه.

واختلف في أكل الحشيشة هل [يلزم منها][(٤)] الحد كالخمر أو يؤدب خاصة؛ لأنها مفسدة وليست بمسكرة، [والفرق بين أن تحمض][(٥)] فالأول وإلا فالثاني.

وكان شيخنا . حفظه الله تعالى . يميل للقول الثاني، والشهادة على شم الخمر إن [كان][(٦)] ممن يشربها لكونه كان كافرًا وأسلم، أو عاصيا ثم تاب [عول][(٧)] عليها اتفاقًا وإلا فقولان.

قال ابن القصار: لا يعول عليها.

وقال الباجي[(٨)]: يعول عليها، وبه القضاء.

---

(١) في ب: شاربها.

(٢) في ب: هذا هو الأظهر عندي.

(٣) في ب: و.

(٤) في ب: يلزمه فيها.

(٥) في ب: أو الفرق بين أن تحمص.

(٦) في ب: كانت.

(٧) في ب: عمل.

(٨) «المنتقى» (٣/ ١٤٥).

ولا من مسلم، فإن فعل شيئًا من ذلك، وأخذ له أجرة تصدق بها ولم يتملكها، ويستغفر الله تعالى ولا يعاود، ومن وجد عنده خمر من المسلمين أريقت عليه وكسرت ظروفها أو شقت تأديبًا له، ولا يحل لمسلم أن يبيع خمرًا من نصراني ولا أن يوكل على بيعها من النصارى.

وإذا ثبت شربه عند القاضي فلابد من تنفيذ الحد كائنًا من كان ، على هذا مضى عمل قضاتنا، وما حكاه عياض في «مداركه» عن أحمد بن بقي بن مخلد من عدم التعرض له فضعيف.

قال ابن حارث: وتَسَامُحُ من تسامح من القضاة في حد السكران لا أعلم له وجهًا إلا أن حده ليس بنص [في](١) كتاب ولا سنة، وإنما أمر النبي ﷺ [بضرب النعال](٢) وأطراف الثياب، ثم اجتهد فيه الصحابة بعد ذلك [في](٣) زمن أبي بكر رضي الله عنه.

قوله: (ومن وُجد عنده خمرٌ من المسلمين أريقت عليه وكسرت ظروفها أو شقت تأديبًا له، ولا يحل لمسلم أن يبيع خمرًا من نصراني ولا أن يوكل على بيعها من النصارى).

ما ذكر من إراقتها عليه هو نصها(٤) في «كتاب الرهون» .

ويقوم منها: أن من وُجد عنده أعواد الشطرنج، فإن القاضي(٥) يفسدها، [بنحت](٦) وجوهها حتى يؤمن منها، وتباع حطبًا، وبه أفتى شيخنا - حفظه الله- غير ما مرة، وأراد بقوله: «**وكسرت ظروفها**» أي: إذا كانت [من](٧) فخار وبما بعده إذا كانت [من](٨) جلود.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: يضرب بالنعال.

(٣) في ب: من.

(٤) «المدونة» (٤/ ١٨٧).

(٥) انظر : «النوادر» (١٤/ ٣١٩) ، و«المنتقى» (٧/ ٢٧٨).

(٦) في أ: تجب.

(٧،٨) في ب: في.

ولا يحل لمسلم أن يبيع خمرًا من نصراني، ولا أن يوكله على بيعها ولا يؤاجر الرجل نفسه ولا شيئًا من أملاكه في عمل الخمر من نصراني.

واختلف قول مالك في آنية الخمر هل تقبل التطهير أم لا؟

والأول وهو ظاهر قول الشيخ تأديبًا له.

ويقوّم منه الأدب بالمال، وفي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: اشتراط يسارته وهو قول ابن القاسم مفسرًا به سماعه.

وقيل: لا تشترط يسارته، ويجوز الأدب بالكثير كالملاحف الرديئة النسج فإنها تحرق بالنار، قاله ابن القطان، وهو عندي ظاهر قول «صرفها»[(١)]، وقد طرح عمر لبن غش بماء فلم يقيده باليسارة.

وقيل: تقطع خرقًا خرقًا وتعطى للمساكين إذا تقدم إلى أهله، قاله ابن عتاب، وله مثل الذي فوقه يليه.

وقيل: لا يحل الأدب في مال، قاله ابن القطان أيضًا في الخبز المغشوش والناقص.

واعلم أن هذا الخلاف إنما هو في نفس المغشوش هل يصح الأدب به أم لا؟

وأما ما يفعله الولاة من خسارتهم من وجدوه على منكر يدفع مالًا فإنه لا قائل به فهو من جورهم، وظاهر كلام الشيخ أن من وُجد عنده الخمر لا يؤدب بغير ما ذكر.

والصواب أنه راجع إلى اجتهاد الحاكم، فإن رأى مع ذلك سجنه أو ضربه فعل.

ووقع في أحكامي بباجة ما هو أخفّ من هذا، وذلك أن رجلًا وجد في جيبه الحشيشة فزعم أنه لا يعرفها وأنه وجدها بالأرض في خرقة فاعتقد أنها حَبًّا فرفعها فتوقفت عن أدبه وكتبت لشيخنا أبي مهدي ـ أيده الله تعالى وأعزه ـ فيها فأفتاني بأنه [يضرب في العنق][(٢)] إن كان ممن يظن به أكلها ففعل به ذلك.

قوله: (ولا يحل لمسلم أن يبيع خمرًا من نصراني ولا أن يوكل على بيعها من النصارى ومن أسلم وعنده خمر أراقها ولم يثبت ملكه عليها، وإن أسلم وعنده ثمن خمر فلا بأس به).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ١٣٠).

(٢) في أ: نظر في الفتوى.

فصل: حكم معاملات الخمر مع غير المسلم:

ومن أسلم وعنده خمر أراقها ولم يثبت ملكه عليها، وإن أسلم وعنده ثمن خمر فلا بأس به، وإذا اشترى نصراني من نصراني خمرًا فقبضها المشتري ثم أسلم بائعها قبل قبض ثمنها فله أخذ الثمن من مشتريها، وإن أسلم مشتريها فعليه دفع الثمن إلى بائعها،وإن أسلم بائعها قبل دفع الخمر إلى مشتريها فسخ البيع بينهما وردّ الثمن على مشتريها إن كان قبضه.

وإن أسلم مشتريها قبل قبضها فسخ بيعهما، ويرجع على البائع بثمنها إن كان قبضه، و قد توقف مالك ـ رحمه الله ـ مرة أخرى عنها، وقال:أخاف أن يظلم الذمي.

وإذا اشترى مسلم من نصراني خمرًا وفاتت فسخ بيعهما ولم يدفع إلى البائع شيئًا، وإن كان قبض الثمن أخذ منه ويتصدق به تأديبًا له ـ يعني ـ والذمي عالم بأن المشتري مسلم، ....

ما ذكره بيّن سواء قلنا: الكفار مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟ لأنا وإن قلنا: إنهم غير مخاطبين فالمسلم مخاطب بلا خلاف.

قوله: (وإذا اشترى نصراني من نصراني خمرًا فقبضها المشتري ثم أسلم بائعها قبل قبض ثمنها فله أخذ الثمن من مشتريها، وإن أسلم مشتريها فعليه دفع الثمن إلى بائعها، وإن أسلم بائعها قبل دفع الخمر إلى مشتريها فسخ البيع بينهما وردّ الثمن على مشتريها إن كان قبضه.

وإن أسلم مشتريها قبل قبضها فسخ بيعهما ويرجع على البائع بثمنها إن كان قبضه، و قد توقف مالك ـ رحمه الله ـ مرة أخرى عنها وقال:أخاف أن يظلم الذمي).

ما ذكره بيّن؛ لأنَّا وإن قلنا: إنهم مخاطبون؛ لأن إسلامه جبّ ما قبله فطاب له ثمنه.

قوله: (وإذا اشترى مسلم من نصراني خمرًا فسخ بيعها ولم يدفع إلى البائع شيئًا، وإن كان قبض الثمن أخذ منه ويتصدق به تأديبًا له ـ يعني ـ والذمي عالم بأن المشتري مسلم).

ولا يؤاجر الرجل نفسه ولا شيئًا من أملاكه في شيء من عمل الخمر من نصراني ولا مسلم، فإن فعل شيئًا من ذلك وأخذ له أجرة تصدق بها ولم يتملكها، واستغفر الله تعالى ولم يعاود ذلك.

❁ ❁ ❁

ويدل على ذلك قوله: «**تأديبًا له**»، يعني: وتهراق الخمر في يد المسلم كما صرح به في «إجارتها».

قوله: (ولا يؤاجر الرجل نفسه ولا شيئًا من أملاكه في شيء من عمل الخمر من نصراني ولا مسلم، فإن فعل شيئًا من ذلك وأخذ له أجره تصدق بها ولم يتملكها، واستغفر الله تعالى ولم يعاود ذلك).

أراد الشيخ بقوله: «**ولا شيئًا من أملاكه**» عبده ودابته وداره وحانوته كما صرح به في «إجارتها» أيضًا.

ويقوم من هذه المسألة: أن من باع حرًّا مسلمًا عالمًا هو والمشتري بذلك، ثم اطلع [عليه][1] أنه لا يرد الثمن على المشتري ويتصدق به أدبًا له.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: عليهما.

باب: ما يكره من الأشربة وما يحل

فصل: فيما يكره منها:

يكره شراب الخليطين من التمر والرطب والزبيب والعنب، ويكره خلط ذلك للخل أيضًا، ويكره تخليل الخمر، ولا بأس بما خلله النصراني منها، ومن خلل خمرًا، فصارت خلاً ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها حلال.

والأخرى: أنها حرام.

باب: ما يكره من الأشربة وما يحل

قوله: **(ويكره شراب الخليطين من التَّمر والرطب، والزبيب والعنب، [ومن][1] التمر والزبيب، ويكره خلط ذلك [للخل][2] أيضًا)**.

عبر في «الرسالة»[3] عن ذلك بقوله: «**ونهى عن الخليطين**».

قوله: **(ويكره تخليل الخمر فمن خلل خمرًا فصارت خلًا ففيها روايتان:**

إحداهما: أنه حلال.

والأخرى: أنه حرام).

أراد الشيخ بالكراهة التحريم، يدل عليه الرواية الثانية.

وبقي عليه قول ثالث، وهو: الفرق بين أن تكون عصيرًا فتخمر أو يقصد الخمر أولاً، فالأول كالرواية الأولى،والثاني كالرواية الثانية، وبقي عليه قول ثان بجواز تخليلها ابتداء.

وقول [ثالث][4] بالجواز مع كراهة ، وقول بالفرق المذكور ففي الأول يكره، وفي

---

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: ليحل.

(٣) «الرسالة» (ص/ ١٥٣).

(٤) سقط من ب.

وإن حالت الخمر فصارت خلاً من غير فعل أحد، فهو حلال، ولا بأس بشراب العصير قبل شدته، ولا بأس بشرب العقيد بعد ذهاب ثلثيه من طبخه، والفقاعي مباح، وكذلك السوبيا وهي شراب يشبه الفقاعي.

الثاني يمنع.

وحاصل الأمر أن في تخليلها ابتداء ثلاثة أقوال:

المنع: وهو الذي [يدل][(1)] عليه كلام الشيخ.

والكراهة.

والفرق المذكور.

قوله: (وإن حالت الخمر فصارت خلًا من غير فعل أحد [فهي][(2)] حلال، ولا بأس بما خلله النصراني من الخمر، ولا بأس بشرب العصير قبل شدته، ولا بأس بشرب العقيد بعد ذهاب ثلثيه في طبخه، والفقاع مباح ، وكذلك السوبية، وهو شراب يشبه الفقاع).

ما ذكره لا خلاف فيه بين أهل العلم، قاله ابن رشد[(3)].

وفي «كتاب الطهارة» مسألة من هذا المعنى وهي: إذا تغير الماء الذي لا مادة له [بنجس][(4)] ثم زال تغيره بطول المكث.

والمعروف أن حكم النجاسة باق عليه، وعارضه بعض أصحابنا وهو الفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الباجي بما [فوقه][(5)] .

ويجاب: بأن الماء ماء ولا قيمة له غالبًا فإراقته أيسر من الخمر إن تخللت، والله أعلم.

---

(١) في ب: حمل.

(٢) في ب: فهو.

(٣) «البيان» (١٨/ ٦١٤-٦١٥).

(٤) سقط من ب.

(٥) في ب: فوقها.

ويكره الانتباذ في الدباء، والمزفت، والحنتم والنقير، ولا بأس بغيرها من الأوعية كلها،

❋ ❋ ❋

قوله: (ويكره الانتباذ في الدباء والنقير والمزفت [والحنتم][1]، ولا بأس بغيرها من الأوعية كلها).

الدباء: هو القرع، والمزفت: قال: ظروف تزفت أو تجير.

وما ذكره من الكراهة في [الحنتم][2] هو أحد الأقوال الثلاثة.

وروى ابن حبيب: أنه إن [أرخص][3] فيه.

وروى القاضي أبو محمد[4] أنه صنعه.

قال ابن حبيب: [الحنتم: الجر، وهو كل][5] ما كان من فخار أبيض أو أخضر.

والنقير: هو قعر النخلة التي تنقر منه الآنية.

❋ ❋ ❋

---

(١) في ب: المحنتم.

(٢) في ب: المحنتم.

(٣) في أ: حصر.

(٤) «النوادر» (١٤/ ٢٩٠).

(٥) سقط من أ.

كتاب العتق

باب: عتق الشريك وحكمه

فصل: عتق الشريك لنصيبه:

قال مالك - يرحمه الله: وإذا كان عبد بين اثنين شريكين وأعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، قوِّم عليه نصيب شريكه وكمل عتقه، وإن كان معسرًا فلا قيمة عليه، ولا سعاية على العبد لشريكه في باقي رقه.

كتاب العتق[1] والولاء

باب: فيمن أعتق شقصاً له في عبد

قال: (وإذا كان عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وهو موسر قوّم عليه نصيب شريكه، [وكمل][2] عتقه.

وإن كان معسرًا فلا قيمة عليه ولا سعاية على العبد لشريكه في باقي رقه).

ما ذكره لا أعلم فيه خلافًا.

ولا مفهوم لقوله: «بين اثنين» بل ولو كثروا جدًّا إلا أن ذلك مخصوص بقولها[3]: «ومن أعتق عبدًا من [الغنيمة][4] وله فيها نصيب لم يجز عتقه» يعني: ليسارة حصته كما قال مالك فيمن سرق من الغنيمة.

واختلف هل يقوم نصيب الشريك وهو المشهور أو يقوم جميع العبد؟ وهو قول التونسي، في ذلك قولان.

ويشترط في التقويم عليه أن يكون هو المبتدي لتبعيض العتق، فلو كان بعضه حرًّا لم يقوّم.

---

(١) قال ابن عرفة: «العتق: رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حيّ». اهـ. «المختصر الفقهي» (١٥/ ٣٦٥).

(٢) في ب: فكمل.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٥٠٥).

(٤) في ب: القيمة.

وإن أعتق الشريك نصيبه ولم يختر تقويمه على شريكه الموسر فذلك له إذا أعتقه عتقًا ناجزًا، وإن أعتقه إلى أجل أو كاتبه أو دبره والشريك موسر لم يكن ذلك له، وإن كان الشريك معسرًا جاز ذلك كله له،..................

وفي «**كتاب العتق الأول**» **منها**[1]: «ويباع في ذلك شوار بيته والكسوة ذات البال، ولا يترك له إلا الكسوة التي لا بد له منها وعيشه الأيام».

وفي «**الواضحة**»: المراد بالأيام الشهر ونحوه.

وقال أشهب: يباع عليه كل ما يفضل عما [يواريه لصلاته][2]، حكاه الباجي.

وهذا الباب وباب المفلس واحد فكل ما قيل فيه فاطراده هنا.

ولو كان موسرًا بالبعض سرى فيه.

واختلف إذا [أرضى الشريك فابتاع][3] ذمة المعسر هل له ذلك أم لا؟ على قولين:

فقال ابن المواز ورواه عن مالك: له ذلك.

وقيل: ليس له ذلك، قاله ابن القاسم، وهو قول المغيرة في كتاب «أمهات الأولاد».

قوله: **(وإن أعتق الشريك نصيبه ولم يختر قيمته على شريكه الموسر فذلك له إذا أعتقه عتقًا ناجزًا، وإن أعتقه إلى أجل أو كاتبه أو دبّره والشريك موسر لم يكن ذلك له.**

وإن كان الشريك معسرًا جاز له ذلك كله).

ما ذكره هو المنصوص، وخرج على [قول:][4] بأن العتق يسري ولا يحتاج إلى حكم، لا يكون للشريك أن يعتق؛ لأن عتقه لا يصادف محلًّا وهو منصوص للعراقيين خارج المذهب.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٢٦).

(٢) في أ: يراد به لصلاة.

(٣) في ب: رضي الشريك باتباع.

(٤) في ب: القول.

وإذا مات العبد المعتق بعضه قبل تقويمه على الشريك الموسر لم تلزمه قيمة لنصيب شريكه، وليس يعتق نصيبه بإيساره، وإنما يعتق بالحكم، وقد قيل: يعتق بإيساره، وأنه ضامن لنصيب شريكه.

فصل: فيمن أعتق بعض عبده:

ومن أعتق بعض عبده وهو صحيح كمل عليه عتقه في رأس ماله، وإن أعتق بعضه وهو مريض كمل ذلك في ثلثه، ومن أوصى بعتق بعض عبده، لم يعتق منه إلاّ ما أوصى بعتقه، وقد قيل: إنه يكمل عتقه في ثلثه.

قوله: (وإذا مات العبد بعضه قبل تقويمه على الشريك الموسر لم تلزمه قيمة لنصيب شريكه وليس يعتق نصيبه [بالإيسار][1]، وإنما يعتق بالحكم، وقد قيل: إنه يعتق [بإيساره][2] وأنه ضامن لنصيب شريكه).

القولان عن مالك.

قال اللخمي: والأول حسن .

ثم قال: هو الصحيح من المذهب.

قوله: (إن أعتق بعض عبده وهو صحيح كمل عليه عتقه في رأس ماله،وإن أعتق بعضه وهو مريض كمل ذلك في ثلثه).

واختلف هل [يُقَوَّم][3] عليه الآن أم لا؟ :

فقيل: كذلك إلا أنه لا يعتق عليه إلا بعد الموت.

وعلى هذا حمل قولها غير واحد، وهو منصوص عليه في «كتاب محمد».

وقيل: إنه لا ينظر فيه إلا بعد الموت.

وقيل: بالأول إن كان له مال مأمون، وبالثاني إن لم يكن له ذلك.

قوله: (وإن أوصى بعتق بعضه لم يعتق منه إلا ما أوصى بعتقه، وقد قيل: إنه يكمل عتقه في ثلثه).

(١،٢) في ب: بالسراية.

(٣) في أ: يقسم.

فصل: في حكم العبد بين ثلاثة إذا أعتق شريكان منهم نصيبهما:

وإذا كان عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه، والآخر ثلثه، ولآخر سدسه، فأعتق اثنين منهم نصيبهما صفقة واحدة فقد اختلف في نصيب الثالث كيف يقوم عليهما؟

فقيل: يقوم عليهما نصفين، وقيل: يقوم عليهما على قدر نصيبهما فيه، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا فالقيمة كلها على الموسر، وقال عبد الملك: على الموسر بقدر نصيبه، وإذا أعتق بعض الشركاء نصيبه وهو معسر، وأعتق آخر نصيبه وهو موسر فلا قيمة عليه.

القول الأول: هو الأصح.

قال في «الموازية» و «العتبية»: ولو صَرَّحَ الموصي بالوصية بالتكملة امتثلت وصيته إلا أن يوصي بالتقويم فيقوَّم في ثلثه إن حمله الثلث، أو ما حمل منه شيئًا شريكه أو أبى، وبه قال أصبغ.

قوله: (وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه، وللثاني ثلثه، وللثالث سدسه فأعتق اثنان نصيبهما منه في صفقة واحدة فقد اختلف في نصيب الثالث كيف يقوم عليهما؟

فقيل: يقوم عليهما نصفين. وقيل: يقوم عليهما على قدر نصيبهما فيه).

القول الأول به قال المغيرة وغيره.

والثاني هو نصها[1]، وهو المشهور.

ولهذه المسألة نظائر، منها: توزيع نفقة الوالد على أولاده، وأجرة كاتب الوثيقة، وحارس الأندر، وزكاة الفطر في العبد المشترك.

قوله: (فإن كان أحدهما معسرًا والآخر موسرًا فالقيمة كلها على الموسر.

وقال عبد الملك: على الموسر بقدر نصيبه، وإذا أعتق بعض الشركاء نصيبه وهو معسر ثم أعتق الآخر نصيبه وهو موسر فلا قيمة عليه).

القول الأول هو قول مالك وأكثر أصحابه كالشفعة للجماعة يتركها بعضهم

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٠٥).

فصل: من قبل أو اشترى بعض عبد ممن يعتق عليه:

ومن وهب له بعض من يعتق عليه أو أوصى له به فقبله أو اشتراه عتق عليه باقيه إن كان موسرًا، فإن ورث بعضه لم يعتق عليه ما لم يرث منه.

فصل: في العبد المعتق بعضه:

وحكم العبد المعتق بعضه حكم الأرقاء في طلاقه وحدوده وشهادته، فإن قُتِلَ فقيمته كلها لسيده، وإن مات ورثه المالك لباقي رقه ولا شيء لمن أعتق بعضه من ميراثه، وإن جنيت عليه جناية فأرشها بينهم وبين سيده بقدر حريته ورقه.

وقد قيل: إن الأرش كله لسيده وخدمته مقسومة بينه وبين سيده، وليس

ويقوم بها بعضهم.

وما ذكر عن عبد الملك هي رواية سحنون عنه، وبه قال مالك أيضًا، وهو قول المصريين.

قوله: (**ومن وهب له بعض من يعتق عليه أو أوصى له به فقبله أو اشتراه عتق عليه باقيه إن كان موسرًا، فإن ورث بعضه لم يعتق عليه ما لم يرثه منه، وحكم العبد المعتق بعضه حكم الأرقاء في طلاقه، وحدوده وشهادته**).

ظاهر كلامه: أنه لو لم يقبله فإنه لا يقوَّم عليه، وهو كذلك على أحد قولي مالك، وعنه: لا يشترط قبوله، وكذلك في الصدقة خلاف أيضًا.

واختلف إذا ورث قريبه وعليه دين فقال ابن القاسم: يباع في دينه.

وقال أشهب: يعتق.

قوله: (**وإن قتل فقيمته كلها لسيده، وإن مات ورثه المالك لباقي رقه، ولا شيء لمن عتق بعضه من ميراثه**).

ما ذكر أن قيمته لسيده مشكل، والصواب: أن ما له منه إلا بمقدار ما يملكه منه، وكذلك في ميراثه.

قوله: (**وإن جنيت عليه جناية فأرشها بينه وبين سيده بقدر حريته ورقه، وقد قيل: إن الأرش كله لسيده وخدمته مقسومة بينه وبين سيده، وليس**..................

لسيده أن ينزع ماله، ولا أن يجبره على نكاحه، وإذا كان عبد بين اثنين وأعتق أحدهما نصيبه منه وهو معسر، ثم أعتق الآخر بعض نصيبه لم يكمل عليه عتق نصيبه.

فصل: في المعتقين عند موت سيدهم إذا لم يكن له مال غيرهم، وحكم من أعتق من بين العبيد بدون تسمية ولا نية:

ومن أعتق عبيدًا له عند موته لا مال له غيرهم أقرع بينهم، فأعتق ثلثهم، ورق ثلثاهم.

لسيده أن ينتزع ماله).

[القولان لمالك][١] وإلى الأول رجع، [قال][٢] في «كتاب الجنايات»[٣] منها قائلًا: وإذا جنى فعلى السيد بقدر ملكه منه، و[للعبد][٤] بقدر ما عتق منه.

قوله: (ولا أن يجبره على النكاح، وإن كان عبد بين اثنين فعتق أحدهما نصيبه منه وهو معسر ثم أعتق الآخر بعض نصيبه لم يكن عليه عتق نصيبه).

قد تقدم أنه [متفق][٥] عليه، ولكن السيد كمالك الجميع في الولاية والرد.

قوله: (ومن أعتق عبيدًا له عدة عند موته ولا مال له غيرهم أقرع بينهم فأعتق ثلثهم ورق ثلثاهم).

لا مفهوم له لقول الشيخ: «**أعتق**»، بل وكذلك إذا أوصى بعتقهم.

وكذلك لا مفهوم لقوله: «**لا مال له غيرهم**» بل وكذلك إذا كان له غيرهم إلا أنهم أكثر من الثلث، وهذا هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة.

وخالف أبو زيد وأصبغ والحارث في عتق المبتل في المرض [ووافقوا][٦] على الوصية.

---

(١) في ب: القول الأول لمالك.

(٢) في ب: قاله.

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥١٠).

(٤) في ب: وعلى العبد

(٥) في ب: معتق.

(٦) في ب: ووافقه.

ومن أعتق أحد عبيده في حياته ولم يُسَمه بلفظه ولا نيته، أعتق واحد منهم باختياره، وقد قيل: إنهم يعتقون كلهم كطلاقه لإحدى نسائه.

وقال المغيرة: القرعة خطر ولا تجوز إلا حيث جاء الأثر، وحمل عليه أنه [يفيتها](١) في عتق المبتل في المرض، ولا [يفيتها](٢) في الوصية على عكس ما فوقه.

وروى ابن نافع عن مالك أنه: لا يسهم في الرقيق في العتق إلا إذا كان للمالك شيء من المال، وإنما السهمان إذا لم يكن للمالك شيء من المال إلا أولئك الرقيق فقط.

قال: وإنما أسهم رسول الله ﷺ في الستة الأعبد لأنه لم يكن له مال غيرهم بِدَيْن.

وسمعت مطرفًا يقول مثله، فقلت له: هو قول مالك؟

فقال: هو الذي لا يعرف غيره، وهو الذي روى ابن المواز عن ابن القاسم.

ويلحق بما تقدم من التصور ما إذا أعتق ثلثهم.

قوله : «ومن أعتق أحد عبيده في حياته [ولم يعينه بلفظة ولا بنية](٣) أعتق واحد منهم باختياره.

وقيل: إنهم يعتقون كلهم كطلاقه لإحدى نسائه).

مسألة الطلاق ليست بمتفق عليها، بل القولان فيها أيضًا إلا أن المشهور فيها غير المشهور في العتق، فإذا جمعت الفرعين جاءت الأقوال ثلاثة كما قال ابن بشير:

ثالثها: يخير في العتق ولا يخير في الطلاق.

وعليه فَرَّقَ ابن المواز: بأن العتق يتبعض ويجمع في أحدهم بالسهم، وليس ذلك في الطلاق.

وقد فرق ابن هشام: بأن الطلاق فَرْعُ أصلٍ لا يقبل الخيار وهو النكاح، والعتق فَرْعُ أصلٍ يقبله وهو الشراء.

وقال ابن رشد(٤): القياس أن العتق كالطلاق، وتفرقة مالك استحسان.

---

(١) في ب: يثبتها .

(٢) في ب: يثبتها.

(٣) في ب زيادة: أو هو بوصيته ولم يعينه بلفظه ولا بنيته .

(٤) «البيان» (٥/ ٢٠٣).

فصل: في حكم مال العبد المعتق:

ومن أعتق عبده تبعه ماله إلا أن يستثنيه سيده، وكذلك إن أوصى بعتقه.

فصل: في عتق الأمة الحامل، وعتق حمل الأمة:

ومن أعتق أمة له وهي حامل عتقت وما في بطنها، ومن أعتق حمل أمته عتق بعد وضعه، وليس له بيعها قبل وضعها.

فإن رهقه دين في حياته أو أراد ورثته بيعها بعد وفاته، فقد اختلف قوله في جواز ذلك ومنعه، ومن أعتق عبدًا وله أمة حامل منه، عتق العبد، ولم يعتق ولده من أمته.

قوله: «ومن أعتق عبده تبعه ماله إلا أن يستثنيه سيده، وكذلك إن أوصى بعتقه).

ظاهره: ولو كان ماله على [سيده](1) وهو كذلك صرح به فيها(2).

قوله: (ومن أعتق أمة له وهي حامل عتقت وما في بطنها، ومن أعتق حمل أمته عتق بعد وضعه، وليس له بيعها قبل وضعها).

وعارضها الفاكهاني: بالتي فوقها لقولهم في توجيهها: بأنه كالعضو منها.

ويجاب: بأن في عتق الجنين بانفراده أعتق شيء غير محقق يدل على ذلك قول مالك في «المبسوط» و«كتاب ابن شعبان»: يفرض للحامل النفقة ولا تدفع لها لاحتمال أن يكون ريحًا فينفش.

وفي مسألة الأمة أُعتِقَ شيءٌ محقق فكان جنينها تبعًا لها كعضو منها، والله أعلم.

ويقوم من كلام الشيخ: لو أعتق أحد الشريكين جنين الأمة فإنها لا تقوم عليه وهو كذلك.

قوله: (فإن [رهقه](3) دين في حياته أو أراد ورثته بيعها بعد وفاته، فقد اختلف قوله في جواز ذلك ومنعه.

ومن أعتق عبده وله أمة حامل منه أعتق العبد ولم يعتق ولده من أمته،...........

---

(١) في أ: عبده.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٥١٨).

(٣) في ب: رهنه.

ولو أعتق العبد الأمة بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها.

فصل: المثلثة بالرقيق:

ومن مثل بعبده أو أمته عُتق عليه بالحكم، وقد قيل: يعتق عليه بالفعل دون الحكم.

ولو أعتق العبد الأمة بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها).

تقدم أن هذه المسألة رد بعض التونسيين على [أبي][1] سعيد البراذعي الحنفي في قوله: (لا يجوز بيع الأمة حالة حملها من سيدها بإجماع).

قوله: (ومن أعتق عبده [وله][2] أمة حامل ....) إلى آخره.

إنما كان الولد رقًّا للسيد؛ لأن الأمة ماله وولده ليس بماله، فيبقى على أصل الملكية، والله أعلم.

وظاهره: وإن أولدها بغير إذنه، وهو كذلك.

قال أبو الزناد فيها[3]: ويتبع العبد سريته كان أولدها بإذن السيد أو بغير إذنه، وأما ولدها منه فرق للسيد.

وإتيان سحنون به دون ألاَّ يأتي بخلافه دليل على أنه قائل به.

قوله: (ومن مثل بعبده أو أمته عتقا عليه بالحكم، وقد قيل: يعتق بالفعل دون الحكم).

يدخل في كلامه عبد عبده ويدخل فيه أم ولده،ألا ترى أنها لو جرحت فأرش جرحها له، وهو كذلك صَرَّحَ به فيها[4].

ولا يدخل فيه عبد ولده الصغير، وفيه يقول فيها[5] : يعتق عليه إن كان مليًّا ويغرم قيمته للابن.

---

(١) في ب: ابن.

(٢) في ب: وللعبد.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٥٢٨).

(٤) «المدونة» (٤/ ٤٨٠).

(٥) «المدونة» (٢/ ٤٤٥)،و«التهذيب» (٢/ ٥٢٨).

والمثلة أن يقطع عضوًا من أعضائه أو يؤثر أثرًا فاحشًا في جسده، قاصدًا لفعله، وولاء الممثل به لسيده.

والقول الأول من قولي الشيخ لابن القاسم، والثاني لأشهب، وظاهر كلام الشيخ سواء كانت المثلة واضحة أم لا، وهو كذلك.

وفرّق ابن عبد الحكم بين غير الواضح [فالأول][1] وبين الواضح [فالثاني][2]، فالأقوال ثلاثة.

وظاهره: وإن كان الفاعل لعبده ذلك سفيهاً، وهو كذلك عند ابن القاسم في أحد قوليه، ذكرهما في «الموازية»، وبه قال ابن وهب وأشهب.

وصوّبه بعض المتأخرين؛ لأن العتق بالمثلة شبيه بالحدود والعقوبات.

واختلف في مثلة العبد لعبده والمديان على قولين.

ويمكن أن يقوم من كلام الشيخ: أن الزوج إذا مَثَّل بزوجته أنها تطلق عليه بطلقة بائنة، وهو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: يلزمه الثلاث.

وقيل: لا يلزمه شيء.

وأخذ لما ذكر من هنا ثبوت العقوبة بالمال، وهو أخذ ضعيف لحرمة الآدمي فلا يلزم من العتق بالمثلة ما ذكر، والله أعلم.

قوله: (والمثلة أن يقطع عضو من أعضائه [أو][3] يؤثر أثرًا فاحشًا في جسده قاصدًا لفعله وولاء الممثل به لسيده).

ظاهره: أن التعمد كاف [وإن لم يقصد المثلة، وهو المشهور، وظاهرها لقوله: إنما يعتق بها تعمد، واشترط عيسى بن دينار تعمد المثلة][4] وبه أقول؛ لأن الغالب شفقة

---

(١) في أ: في الأول.

(٢) في أ: في الثاني.

(٣) في ب: و.

(٤) في أ: وإن لم يتعمد المثلة.

فصل: في عتق المديان:

ولا يجوز عتاقة المديان الذي يحيط الدين بماله إلا بإذن غرمائه، فإن أعتق بغير إذنهم فهم بالخيار في إجازة عتقه أو ردّه.

الإنسان على ماله، وعلى الأول فالقول قول السيد إنه لم يتعمد على الأصح، وإليه رجع سحنون.

ولاشك أن قطع عضو مثلة.

واختلف في السن الواحدة:

فقيل: مثلة، قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون.

وقيل: لا، قاله أصبغ.

وأما حلق رأس الأمة ولحية العبد فإن كان العبد تاجرًا والأمة رفيعة ففي عتقها قولان لابن الماجشون ومطرف، وأما غير التاجر والرفيعة فليس بشيء اتفاقًا.

قوله: (**ولا يجوز عتاقة المديان الذي يحيط الدين بماله إلا بإذن غرمائه، فإن عتق بغير إذنهم فهم بالخيار في إجازة عتقه أو ردِّه**).

لا خصوصية للعتق في ذلك.

وظاهر كلام الشيخ: وإن كان الدين لم يحل وهو كذلك.

قال فيها في «كتاب العتق الأول»[1]: ولا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق ولا صدقة ولا هبة، وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه.

ويدخل في قولها: «دين الصداق» وبه حكمت بجزيرة جربة، وأخذ منها شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله ـ أن من أحاط الدين بماله يجوز له أن يضحي؛ لأنه إنما نفى ما ذكر فقط، ومن حيث المعنى أن الغرماء عاملوه على ذلك.

وأخذ الشيوخ من هنا أن من عليه فوائت فإنه لا يتنفل، وهو قول ابن رشد[2] خلافًا لابن العربي[3].

---

(١) «المدونة» (٢/ ٥١٣)، و«التهذيب» (٢/ ٤٨٣).

(٢) «مسائل ابن رشد» (٢/ ٨٩٢).

(٣) «المسالك» (١/ ٤٣٢).

ومن أعتق عبدًا له لا مال له غيره وعليه دين لا يحيط بماله بيع منه بقدر دينه وعتق منه ما فضل عن دينه،ومن ابتاع من يعتق عليه من أقاربه وعليه دين يحيط بماله، بيع في دينه، وقد قيل: يفسخ بيعه ويرد العبد إلى بائعه.

ويرد: بأن الإجماع على أن رد مظالم الخلق فورًا في كل آن، ولا كذلك في الفوائت.

واعلم أن رد الغرماء رد إيقاف على المشهور. **وقال ابن نافع**: ردُّ إبطال.

واختلف قول مالك في قضاء من أحاط الدين بماله لبعض الغرماء دون بعض.

كذلك اختلف قوله في رهنه حينئذٍ.

قوله: (ومن أعتق عبدًا له لا مال له غيره وعليه دين لا يحيط بقيمته بيع منه بقدر دينه، عتق منه ما فضل عن دينه، وإن ابتاع ما يعتق عليه من أقاربه وعليه دين يحيط بماله بيع في دينه.

وقد قيل: يفسخ بيعه ويرد العبد على بائعه).

أصل هذه المسألة والتي بعدها فيها، قال مالك[١]: من اشترى أباه وعليه دين يغترقه لم يعتق عليه.

قال ابن المواز: ودينه أولى من العتق.

وكذلك في سماع ابن القاسم [قال فيها:][٢] ولو اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه فليرد البيع.

وقال ابن القاسم: بل يباع منه [بقيمة][٣] الدين ويعتق ما بقي.

قال ابن المواز: وهو القياس على أصل مذهب مالك.

وقال غير ابن القاسم فيها[٤]: لا يجوز له في السنة أن يملك أباه إلا إلى عتق فإذا كان عليه دين يرده صار خلاف السنة أن يملكه فيباع عليه في دينه ويقضى عن ذمته.

---

(١) «المدونة» (١/ ٥٩٦)،و«التهذيب» (٢/ ٥١٤).

(٢) في أ: ما فيها.

(٣) في ب: ببقية.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٥٠١).

فصل: في عتاقة المولى عليه والصبي والزوجة والعبد المكاتب:

ولا تجوز عتاقة المَوَلى عليه في حياته، ولا بأس بوصيته بالعتق لزوج بغير إذن زوجها إذا كان ذلك أكثر من ثلثها، ....

والغير هو المغيرة، وهو حجة لمالك، ولذلك أدخله سحنون.

واختلف الشيوخ هل الحكم عند مالك متساوٍ في المسألتين وهو نقض البيع، وهي طريقة أبي الحسن القابسي، أو ينقض في الثانية وحدها، ويمضي في الأولى على ما هو ظاهر الكلام وهو مذهب ابنِ أبي زيد؟

واختلف من بعدهم في اختيار مذهبها؛ فمنهم من اختار مذهب ابن أبي زيد، واحتج بظاهر كلام ابن المواز وما في سماع ابن القاسم، وتكلف فرقًا معنويًّا تركناه، ومنهم من اختار مذهب القابسي وقال: إنه صريح ما في «المبسوط».

قوله: (ولا تجوز عتاقة المولى عليه في حياته ولا بأس بوصيته بالعتق بعد وفاته، ولا تجوز عتاقة الصبي قبل بلوغه).

يدخل في كلامه عتقه لأم ولده، وهو قول المغيرة، والمشهور: أنه يمضي؛ لأنه لم يبق له فيها إلا المتعة، وعليه ففي إتباعها مالها ثلاثة أقوال:

ثالثها: إن كان يسيرًا تبعها [عتق المولى عليه لأم ولده][1]، وإلا فلا.

لمالك وابن القاسم وأصبغ، وتردد بعض البغداديين في تخريج قول المغيرة في [طلاقه][2].

ورده المازري: ببقاء الأرش له في أم ولده.

وأجابه بعض شيوخنا: ببقاء الخلع في زوجته أيضًا فهو كالأرش في أم ولده.

ورده شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله ـ بأن الأرش ذاتي بخلاف الخلع.

---

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: إطلاقه.

ولا تجوز عتاقة العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق بغير إذن سيده، فالسيد بالخيار في إجازة عتقه أو ردّه، فإن أجاز عتقه كان الولاء لسيده،وإن لم يعلم السيد بعتقه حتى أعتقه بعد عتقه كان الولاء للعبد دون سيده .

قوله: (ولا تجوز عتاقة المرأة ذات الزوج بغير إذن زوجها إذا كان ذلك أكثر من ثلثها، ولا تجوز عتاقة العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق بغير إذنه فالسيد بالخيار في إجازة عتقه ورده، فإن أجاز عتقه كان الولاء لسيده، وإن لم يعلم السيد بعتقه حتى أعتقه بعد عتقه [و][1] كان الولاء للعبد دون السيد).

دَلَّ كلام الشيخ على غير العتق كالهبة من باب أحرى.

وما ذكره هو قول مالك وكل أصحابه، وكلامه عام مخصوص بقول ابن وهب: لا حجر للحر على زوجته الأمة مالها لسيدها.

وظاهر كلام الشيخ: ولو كان زوج الحرة عبدًا، وهو كذلك [عند مالك وابن القاسم خلافا لابن وهب.

ظاهره: ولو قصد بعتقها الضرر وهو كذلك][2] على الصحيح، وكذلك الخلاف في الوصية بالثلث على وجه الضرر.

واختلف في تدبيرها:

فقيل: كعتقها.

وقيل: كبيعها.

واختلف في قرضها .

فقيل: للزوج رده ككفالتها، قاله ابن الشقاق.

وقيل: لا؛ لأنها في الكفالة مطلوبة وفي القرض طالبة، قاله ابن دحون.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ .

ولا تجوز عتاقة المكاتب قبل أداء كتابته إلا بإذن سيده، فإن أعتق بغير إذنه كان للسيد الخيار في إجازته أو ردّه، فإن أجاز عتقه، ثم أدى كتابته رجع الولاء إليه، وإذا أعتق العبد عبده فأجاز سيده عتقه ثم أعتقه لم يعد الولاء إليه.

❁ ❁ ❁

قوله: (ولا يجوز عتاقة المكاتب قبل أداء كتابته إلا بإذن سيده، فإن أعتق بغير إذنه كان للسيد إجازة عتقه ورده، فإن أجاز عتقه ثم أدى كتابته رجع ولاء العبد إليه، وإذا أعتق العبد عبده فأجاز سيده عتقه ثم أعتقه لم يعد الولاء إليه).

إنما [ذكر][1] هذه المسألة مع سبيقتها [بأوفى لذكره][2] رجوع ولاء العبد إليه إذا أجازه سيده.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: «كرر».

(٢) في ب: فأوفى بذكره.

باب: فيما يجوز عتقه من الرقاب الواجبة

فصل: فيما يجزئ عتقه في الرقاب الواجبة:

ولا يجوز في عتق الرقاب الواجبة ذمي، ولا بأس بذلك في التطوع، ولا يجوز فيها مكاتب، ولا مدبر، ولا أم ولد، ولا معتق إلى أجل ولا يجوز فيها أعمى، ولا أقطع ، ولا أشل، مجنون، ولا خصي ولامجبوب، ولا مقعد، ولا أعرج عرجًا شديدًا، وفي الأصم خلاف بين أصحابنا.

باب: فيما يجوز عتقه من الرقاب الواجبة

قوله: (ولا يجوز في عتق الرقاب الواجبة ذمي، ولا بأس بذلك في التطوع، ولا يجوز فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق إلى أجل).

ظاهره: وإن كان صغيرًا، وهو كذلك عند ابن وهب وأشهب.

وقيل: إن كان صغيرًا، فإنه لا يجزئ، قاله ابن القاسم.

واختلف في عتق المجوسي على ثلاثة أقوال:

ثالثها: إن كان صغيرًا لم يعقل دينه أجزأ وإلا فلا.

قوله: (ولا يجوز فيها أيضًا أعمى، ولا أقطع، ولا أشل، ولا مجنون، ولا خصي، ولا مجبوب، ولا مقعد، ولا أعرج عرجًا شديدًا).

اعلم أن العيوب على ثلاثة أقسام:

قسم لا [يجوز][(١)] باتفاق، وهو الذي يمنع الكسب ويشين كالأقطع والأعمى.

[وعكسه عكسه بالمرض][(٢)] الخفيف وقطع الأنملة.

الثالث: ما يشين ولا يمنع الكسب كالعرج البَيِّن والبَرَص الخفيف ففيه خلاف ما ذكره الشيخ في الخصي والمجبوب والعرج البَيِّن متفق عليه كغيره.

قوله: (وفي الأصم خلاف بين أصحابنا.

---

(١) في ب: يجزئ.

(٢) في ب: وعكسه كالمرض.

قال ابن القاسم: لا بأس به؛ قال ابن عبدالحكم: أكرهه؛ وقال اشهب: لا يجزئ فيها عتقه، ولا بأس بعتق الأعور في الرقاب الواجبة ، وقال عبد الملك : لا يجزئ فيها اعتباراً بالضحايا.

قال ابن القاسم: لا بأس به.

وقال ابن عبد الحكم: أكرهه، وقال أشهب: لا [يجزئ][1] فيها عتقه).

تحصل من كلامه ثلاثة أقوال: الجواز، والكراهة،والتحريم.

قوله: (ولا بأس بعتق الأعور في الرقاب الواجبة.

وقال عبد الملك: لا [يجوز][2] فيها اعتبارًا بالضحايا).

عبر في «**الرسالة**»[3] بـ: «لا بأس» كالشيخ، والمراد بذلك الإباحة لقول «التهذيب»[4]: وأجاز مالك عتق الأعور.

وفيها[5]: يجزئه وقول عبد الملك هو قول مالك في «المبسوط» .

ويفرق على المشهور بين هذا الباب وباب الضحايا في عدم إجزاء الأعور فيها، [فإن الضحية][6] محض قربة يدل عليه نهيه ﷺ عن الخرقاء والشرقاء والمقابلة والمدابرة.

وقول أصحابنا: إن الغنم أفضل من البقر والإبل بخلاف [الظهار][7] فإنه من أنواع الكفارات المترتبة عن سبب فليس بمحض عبادة، وإنما الكفارة فيه على طريق الردع، وقد يكون العبد الذي فيه [عور][8] سواء ما لا يقع الردع به، والله أعلم.

---

(١) في ب: يجوز.

(٢) في ب: يجزء.

(٣) «الرسالة» (ص/ ١١٦).

(٤،٥) «التهذيب» (٢/ ٢٧٩).

(٦) في ب: بأن الضحايا.

(٧) في أ: الظاهر.

(٨) سقط في ب.

ولا بأس بعتق الصغير المرضع فيها، ولا بأس بعتق الأعجمي في غير الرقاب الواجبة ولا يجوز عتق الأعجمي في الرقاب الواجبة. ولا يصح فيها عتق من يلزمه عتقه بملكه من القرابات.

قوله: (**ولا بأس بعتق الصبي الصغير المرضع فيها.**

[**ولا يصح فيها عتق من يلزم عتقه بملكه من القرابات وقد كره مالك فيها**[١] **عتق الأعجمي، وقال ابن القاسم: إن أعتقه أجزأ عنه**)][٢].

ظاهره: وإن لم يكن من قصر النفقة، وهو خلاف قولها[٣]: ومن أعتق فطيمًا أو رضيعًا لقصر النفقة رجوت له أن يجزئه .

[**فظاهرها**][٤]: أنه شرط، وعليه حمله بعضهم، حكاه ابن عبد السلام.

وحمله أبو عمران على الاستحباب، وبه الفتيا.

ويريد: أن نفقته تلزمه إلى أن يقدر على الكسب ولو بالسؤال.

وفي «**وثائق ابن العطار**»: لا نفقة على سيده وتكون مواساته على أهل بلده سيده أحدهم.

وقال اللخمي: قال ابن محرز: وأما من عليه دَيْن كثير يمنع سعيه لنفسه لقضاء دينه فلا يجزئ.

وكذلك الشيخ الزَّمِن، والفرق بينه والصغير: أن الصغير يقدر على الكسب في [المآل][٥] بخلاف الشيخ الكبير، ولذلك جاز بيعه.

[**وقول**][٦] **ابن محرز:** ولذلك جاز بيعه، خلاف قول المازري في «كتاب

---

(١) «المدونة» (٢/ ٣٢٩)، و«التهذيب» (٢/ ١٠٧).

(٢) في ب: ولا يجوز عتق الأعمى في الرقاب الواجبة.....! إلى آخره.

(٣) «التهذيب» (٢/ ١٠٧).

(٤) في ب: فظاهره.

(٥) في أ: الحال.

(٦) في ب: ولقول.

....

الغرر»[1]: ما لا ينتفع به في الحال كطفل رضيع يباع، فإن ذلك مما ينتفع به في المآل دون الحال، البيع فيه لا يجوز ز

والحق هو الأول.

❁ ❁ ❁

(١) «شرح التلقين» (٢/ ٩٢٠).

باب: فيمن يعتق على المرء من أقاربه

فصل: فيمن يعتق على المرء من أقاربه:

ويعتق على الإنسان من أقاربه إذا ملكهم الوالدون، والمولودون، والإخوة والأخوات من جميع الجهات؛ ولا يعتق الأعمام، ولا العمات، ولا الأخوال، ولا الخالات، ولا ولد الإخوة والأخوات، ولا أحد سوى من ذكرنا من القرابات.

باب: فيمن يعتق على المرء من أقاربه

قوله: (**[قال][(١)]: ويعتق على المرء من أقاربه إذا ملكهم [الوالدون][(٢)] والمولودون والإخوة والأخوات في جميع الجهات، ولا يعتق الأعمام ولا العمات ولا الأخوال ولا الخالات [ولا ولد][(٣)] الإخوة ولا ولد الأخوات،ولا أحد سوى [من][(٤)] ذكرنا من القرابات**).

ما ذكره هو قولها[(٥)] في أول مسألة من «كتاب العتق الثاني»، وهو المشهور، وأحد الأقوال الأربعة.

وقيل: بإسقاط الإخوة، قاله مالك من رواية ابن خويز منداد.

وقيل: كل ذي رحم يعتق عليه، وهو رواية ابن القصار عن مالك، وبه قال ابن وهب، وكلاهما ذكره اللخمي.

وقيل: بزيادة العم على ما فيها، قاله ابن وهب أيضًا ، حكاه ابن الحاجب[(٦)].

---

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: الوالدان.

(٣) في ب: ولا.

(٤) في ب: مما.

(٥) «التهذيب» (٢/ ٥١٣).

(٦) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٨٢).

ويعتق الأقارب بالملك دون الحكم.

ومن وهب له سهم ممن يعتق عليه فقبله وهو موسر قوم عليه باقيه، كمل عتقه.

وكذلك إن أوصى له بسهم منه فقبله، وإن ورث بعضه لم يعتق عليه منه إلا ما ورثه ولا يعتق عليه ذوو الأرحام من الرضاعة، وروى علي بن زياد عن مالك استحباب عتقهم.

❁ ❁ ❁

قوله: (ويعتق الأقارب بالملك دون [الحكم](1)).

ما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: بل بالحكم.

وقيل: يفرق بين الأبوين بالأول، وبين الإخوة بالثاني، قاله اللخمي، وحسنه ابن عبد السلام لضعف الخلاف في الآباء، وقوته في الإخوة.

قوله: (ومن وهب له سهم ممن يعتق عليه فقبله وهو [موسر](2) قوِّم عليه باقيه وكمل عتقه، وكذلك إن أوصى له بسهم منه فقبله، وإن ورث بعضه لم يعتق عليه إلا ما ورثه، ولا يعتق عليه ذوو الأرحام من الرضاعة، وروى علي بن زياد عن مالك استحباب عتقهم).

سبق كلام الشيخ على هذا في هذا الباب فالعجب من تكرره بلا فائدة.

❁ ❁ ❁

(١) في أ: الجد.

(٢) في ب: معسر.

باب: الولاء وحكمه

فصل: في الولاء:

والولاء لُحمة كلُحمة النسب، ولا يحل بيعه، ولا هبته، ولا نقله عن حاله، والولاء لمن أعتق؛ وولاء الموالاة باطل، والولاء موروث بالتعصيب، وهو للذكور دون الإناث، وللكبير والصغير.

باب: الولاء وحكمه

قوله: (الولاء لحمة كلحمة النسب).

قال بعض شيوخنا[1]: هو لمن ثبت العتق عنه ولو بعوض أو بغير إذنه ما لم يمنعه مانع.

قوله: (ولا يحل بيعه ولا هبته ولا نقله عن حالته).

ما ذكر لا أعلم فيه خلافًا لنهيه ﷺ عن بيع الولاء وهبته[2].

قوله: (والولاء لمن أعتق).

الأصل فيه قوله عليه السلام: «ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق يا فلان والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق»)[3].

قوله: (وولاء الموالاة باطل).

ما ذكره هو مذهبنا.

قوله: (والولاء موروث بالتعصيب وهو للذكور دون الإناث، [وللصغير والكبير][4]).

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (١٥/ ٤٢٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٣٥)، ومسلم(١٥٠٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٥٢)، ومسلم(١٥٠٤).

(٤) في ب: وللكبير دون الصغير.

فصل: فيمن يجر الولاء:

ويجر العبد ولاء ولده من الحرة إذا تزوجها إلى مواليه، ويجر الجد من الولاء ما يجره الأب، ولا يجر الأخ ولا العم ولا أحد من القرابات سوى العم والجد.

فصل: ولاء ابن الملاعنة ومن أعتقته المرأة:

قال: وموالي ابن الملاعنة المعتقة موالي أمه وولاؤه لهم، ولا ولاء على ولد الملاعنة الحرة، وميراثه لعصبته المسلمين، ما لم يعترف به أبوه، وولاء من أعتقته المرأة لها، ويجر ولاء من أعتقه عبدها المعتق.

قوله: (**[ويجر العبد ولاء ولده من الحرة إذا تزوجها إلى مواليه، ويجر الجد ما يجره الأب ولا يجر الأخ ولا أحد من القرابات سوى الأب والجد، وموالي ابن الملاعنة المعتقة موالي أمه، ولا ولاء على ولد الملاعنة الحرة، وميراث عصبته للمسلمين ما لم يعترف به أبوه، وولاء من أعتقت المرأة له.**

ويجر ولاء من أعتقه عبيد عبيدها المعتقون])[1] .

واعلم أن الولاء للأقعد فابن المعتق وابنه أقوى من الأب فلا شيء للأب مع وجود أحدهما، والأخ الشقيق أو الأب وأبناؤهما يقدمون على الجد، وهو مقدم على العم وابنه.

والولاء كالعصوبة في عدمها وفيها وفي غيرها يقيد عند عدمها الميراث وولاية النكاح.

وحمل العقل ومثله ذكره ابن الحاجب[2].

قال ابن عبد السلام: ظاهر إطلاقاتهم أنه [لا يقتصر][3] بإفادته على هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها، بل كل موضع للعصبة فيه مدخل كصلاة الجنازة وغسل الميت، وربما لا يشترط عدم العصبة في بعض مسائل الأنكحة.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣١).

(٣) في ب: يقضي.

فصل: في ولاء من أعتق بغير إذن سيده وولاء السائبة:

ومن أعتق عبده من غيره بإذنه أو غير إذنه على عوض أو على غير عوض فولاؤه للمعتق عنه، وولاء السائبة لجماعة المسلمين،وميراث المنبوذ للمسلمين ولا شيء لملتقطه من ميراثه.

فصل: العتق إلى أجل وترتيب العتق والوصايا:

ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجل، لم يعتق قبل حلول الأجل، ولا يجوز وطء المعتقة إلى أجل، والعتق مُبَدأ على الوصايا إذا كان معينًا، واجبًا كان أو تطوعًا، وإن كان مطلقًا واجبًا فهو مُبدأ، وإن كان تطوعًا مطلقًا، فهو وغيره من الوصايا

قلت: قال بعض شيوخنا: يلزم على قوله: «أن يكون للمعتق القيام بقذف معتقه وهو بعيد، والحق في ذلك اتباع النصوص».

قوله: (ومن أعتق عبده [عن][1] غيره بإذنه أو بغير إذنه على عوض أو غير عوض فولاؤه للمعتق عنه).

ما ذكره هو المشهور.

وقال أشهب: الولاء للمعتق، وقاله الليث والأوزاعي وسواء في قولهم أمره بذلك أو لم يأمره.

قوله: (وولاء السائبة لجماعة المسلمين؛ لأنه يعتق عليهم، وميراث المنبوذ للمسلمين ولا شيء من ميراثه لملتقطه).

يعني: إذا قال لعبده: أنت [سائبة][2]، يريد بذلك العتق، فإن الولاء للمسلمين .

وما ذكره هو المشهور.

وقيل: إن الولاء لربه، قاله ابن الماجشون وابن نافع وابن عبد الحكم، ورواه ابن وهب.

---

(١) في أ: من.

(٢) في ب: سائب.

سواء، وقد قيل: إنه يُبَدأ.

❁ ❁ ❁

وكذلك الخلاف إذا قال: عبدي حر عن المسلمين.

ولم يتعرض الشيخ للكلام على حكم ما ذكره ابتداء وفي ذلك ثلاثة أقوال: الجواز لأصبغ وسحنون، والكراهة لمالك وابن القاسم، والمنع لابن الماجشون.

❁ ❁ ❁

كتاب التدبير

فصل: في حقيقة المدبر وحكمه:

كتاب[١] [التدبير][٢]

ابن الحاجب[٣]: **التدبير**: عتق معلق على الموت على غير الوصية.

واعترضه ابن عبد السلام: بأنه تعريف بالإضافيات، وقد ذكروا أنه مما يجتنب.

وأجابه بعض شيوخنا[٤]: بأن ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه لهم حيث تقرر في موضعه، وليست الإضافية ملزومة [للإجمال][٥].

ولذا وقعت في تعريفاتهم كثيرًا كقول القاضي: القياس: حمل معلوم بإضافة «حمل» إلى «معلوم».

واعترضه ابن هارون: بأن كلامه غير مانع لدخول من علق عتق عبده على موت أجنبي، فإن كلامه يطلق عليه وليس ذلك تدبيرًا عندهم.

وقرره ابن عبد السلام [وأجاب][٦] : **بأن قوله**: «على غير الوصية» قرينة تدل على أنه إنما أراد كون التعليق على موت المعتق وحده، والوصية لا تكون معلقة إلا على موت الموصي وحده.

واعترضه بعض شيوخنا[٧]: بأنه ينتقض عليه، بحكم عتق أم الولد فإنه عتق معلق على موت مالكها وحده، بأن قال: التدبير عقد يوجب عتق مملوك من ثلث

---

(١) في ب: قدم كتاب التدبير قبل كتاب العتق.

(٢) في ب: المدبر.

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣٣).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٦).

(٥) في الأصل: للآجال، والمثبت من «مختصر ابن عرفة».

(٦) في ب: سؤالاً وجوابًا.

(٧) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٧).

قال مالك- يرحمه الله: والتدبير: أن يقول الرجل لعبده أو أمته: أنت مدبر أو مدبرة في حياتي، وحُرّ أو حرّة بعد وفاتي.

فإن قال: أنت حر بعد موتي، وأراد بذلك التدبير كان مدبرًا، وإن أراد به الوصية كانت وصية، وإن لم تكن له نية كانت وصية.

مالكه بعد موته [بعقد](١) لازم، والمدبر هو المعتق من ثلث... إلى آخره.

قوله: (قال مالك . رحمه الله: والتدبير: أن يقول الرجل لعبده أو أمته: أنت مدبر أو مدبرة في حياتي، وحر أو حرة بعد وفاتي).

ما ذكره لا خلاف أعلمه في ذلك.

قوله: (وإن قال: أنت حر بعد موتي، وأراد بذلك التدبير كان مدبرًا، وإن أراد به الوصية كان وصية، وإن لم تكن له نية كان وصية).

ما ذكره فيما إذا أراد التدبير أو الوصية هو قول مالك وابن القاسم فيها(٢).

وما ذكره فيما إذا لم تكن له نية هو قول ابن القاسم.

وقال أشهب: إذا قال: هذا في غير إحداث وصية لسفر أو لما جاء: «أنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته، وكلاهما فيها أيضًا.

وألحق ابن الحاجب(٣) هذه الصيغة بالأوليين.

واعترضه ابن عبد السلام: بأنه قول أشهب كما تقدم.

واختلف إذا قيد تدبيره بشرط كقوله: إن مت في سفري أو من مرضي:

فقيل: إنه وصية.

[قال](٤) ابن القاسم: إلا أن يكون قصد التدبير.

---

(١) في ب: بعتق.

(٢) «التهذيب» (٢ / ٥٤٠).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣٣).

(٤) في ب: قاله.

ولا يجوز بيع المدبر، ولا هبته، ولا بأس بإجارته. وولد المدبر من أمته بمنزلته، وولد المدبر من زوجها بمنزلتها، ولا بأس على السيد من وطء المدبرة،

وقيل: هو تدبير لازم، قاله ابن كنانة وابن سحنون وابن القاسم أيضًا.

وفيها[(١)] : **إذا قال**: أنت حر يوم أموت كقوله: أنت حر بعد موتي، وناقضوها بقول مالك فيمن قال لزوجته: أنت طالق يوم أموت أنه يعجل عليه.

قال ابن يونس[(٢)]: ينبغي عليه أن يكون في قوله: أنت حر يوم أموت معتق إلى أجل.

قلت: قال بعض شيوخنا[(٣)]: وقد يفرق بأن وقفه [على الموت][(٤)] ظاهره كونه بعده، فلما كان العتق يصح بعد الموت [محملا][(٥)] عليه عملًا برجحان حمل اللفظ على ظاهره.

ولما لم يصح الطلاق بعد الموت حمل على أنه [قبل][(٦)] صونًا للفظ من حمله على الإهمال.

قوله: (ولا يجوز بيع المدبر ولا هبته، ولا بأس بإجارته.

وولده من أمته بمنزلته،وولد المدبرة من زوجها بمنزلتها، ولا بأس على السيد في وطء مدبرته).

يريد: إلا في دين سابق فيجوز له بيعه لنصها بذلك.

ولا خصوصية لما ذكره بل وكذلك صدقته، قاله في «الموازية».

وما ذكر أنه لا يجوز بيعه هو المشهور مطلقًا.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٤٠).

(٢) «الجامع» (٣/ ٤٨٥).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ١١).

(٤) زيادة من مختصر ابن عرفة.

(٥) في أ: عملاً.

(٦) في ب: قبله.

وله أن يجبرها على النكاح، وله أن ينتزع مالها ما لم يمرض مرضًا مخوفًا.

وفي **«نوازل ابن الحاجب»**(١) **عن ابن عبد البر**(٢): كان ابن لبابة يفتي ببيعه إذا تخلق على مولاه وأحدث أحداثًا قبيحة لا ترضي، كما روي عن عائشة. رضي الله عنها.

وَأَوَّلَ ابن رشد(٣) فعل عائشة بأنها أرادت قتلها بالسحر، وذلك بيّن من قولها: «أرادت تعجيل العتق فحرمتها منها كحرمة القاتل الميراث».

وقال الشافعي وغيره: التدبير وصية يجوز بيعه بكل حال.

قوله: (وله أن يجبرها على النكاح وأن ينتزع مالها ما لم يمرض مرضًا مخوفًا).

قد تقدم ما في جبرها من الخلاف، ورأى الشيخ أن أم الولد آكد في [الحرمة](٤) مخالف بينهما.

وما ذكر في انتزاع مالها، زعم ابن حارث في ترجمة «باب جامع المدبر» الاتفاق عليه.

وقال ابن هارون: حكى ابن رشد(٥) في المريض أن له انتزاع ماله؛ لأنه ينتزع لنفسه.

وحكاه ابن عبد السلام بلفظ: وقيل: له انتزاعه مطلقًا.

قال: وهو الأصل.

قال بعض شيوخنا(٦): ولا أعرفه وأظنه لابن نافع ولم أجده لابن رشد.

وظاهر كلام الشيخ: **لو** فلس السيد أن له أن ينتزع ماله وهو ظاهرها.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣٣).

(٢) «الاستذكار» (٨/ ١٥٩).

(٣) «البيان» (١٥/ ١٥٥).

(٤) في ب: الحرية.

(٥) «البيان» (١٤/ ٤٢١).

(٦) « مختصر ابن عرفة» (١٦ / ٢١).

والمدبر معتق من ثلث سيده، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه، وإن كان على سيده من الدين ما يغترقه بعد موته بيع في دينه، وبطل تدبيره.

وقيل: ليس له ذلك، وجعله ابن الحاجب[1] المذهب، فقال: وللسيد انتزاع ماله ما لم تحضره الوفاة أو يفلس .

وأراد بقوله: «ما لم تحضره الوفاة» ما لم يمرض المرض المخوف.

واعترضه ابن عبد السلام بأنه خلاف ما دل عليه قولها[2]: وليس لغرماء السيد أخذ ماله، واختلف هل لهم أن يجبروا السيد على انتزاعه أم لا؟ فالمنصوص أن ليس لهم ذلك.

وَخَرَّجَ بعض الشيوخ مما قيل في المذهب فيمن حبس، عليه حبس وشرط عليه المحبس أن يبيع متى احتاج إلى البيع أن للغرماء جبر المحبس عليه على البيع أن يكون للغرماء إجبار القادر على انتزاع ماله.

قوله: **(والمدبر معتق في ثلث سيده، فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثة ، ورقَّ ثلثاه لورثته)** .

قال ابن القاسم: ويقوم بعد وفاة سيدة بماله فإن حمله الثلث عتق وإلا عتق منه بعضه وأقر ماله بيده.

وقال ابن وهب: أما إذا ضاق الثلث عن المدبر ضم ماله مع التركة فإذا أعتق أعطى بقية الثلث.

وفي «كتاب محمد»: عن مالك فيمن دبر عبده في صحته ثمر استثنى ماله فذلك جائز.

قال ابن القاسم: ويستثني ماله بعد الموت.

ويقوم في ثلث سيده بغير ماله ويؤخذ ما في يده فيحسب من مال سيده بمنزلة ما إذا قال: إذا مِتُّ فعبدي حر أو مدبر وخذوا ماله.

قوله: **(فإن كان على سيده من الدين ما يغترقه بعد موته بيع في دينه وبطل تدبيره،**

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣٤).

(٢) «المدونة» (٢/ ٥٤٣).

والمدبر في حياة سيده بمنزلة العبد القن في جراحه، وحدوده، وقذفه، وجميع أحكامه غير أنه لا يجوز بيعه.

فصل: في المدبر إذا وقع وفيه البيع:

ومن باع مدبره فسخ بيعه، فإن أعتقه مبتاعه قبل فسخه ففيها روايتان:

إحداهما: أن عتقه نافذ غير مردود عليه.

والأخرى: أن عتقه باطل مردود.

وإن مات عند مبتاعه فقد فات رده، ويستحب للبائع أن يجعل الفضل في ثمنه عن قيمته في مدبر مثله، ويتخرج فيها وجه آخر وهو: أن يفسخ بيعه، ويرد ثمنه على مبتاعه، وأن يكون موته كعتقه، ولا يضمن مبتاعه قيمته اعتبارًا بأم الولد.

فصل: في جناية المدبر:

وإذا قتل ....

والمدبر في حياة سيده بمنزلة العبد القن في جراحه وحدوده وقذفه وجميع أحكامه غير أنه لا يجوز بيعه [ولا هبته][1]).

يريد: سواء كان الدين سابقًا على التدبير أو بعده بخلاف بيعه في حياته فإنه يباع في السابق كما تقدم.

قوله: (**ومن باع مدبره فسخ بيعه وإن أعتقه مبتاعه قبل فسخ بيعه ففيها روايتان:**

إحداهما: أن عتقه نافذ غير مردود.

والأخرى: أن عتقه باطل مردود).

ما ذكر من فسخ بيعه إذا لم يفت هو متفق عليه، وعلى الرواية الأولى يكون الولاء للمشتري.

قوله: (**فإن مات عند مبتاعه فقد فات رده، ويستحب للبائع أن يجعل الفضل من ثمنه عن قيمته في مدبر مثله، ويتخرج فيه وجه آخر وهو: أن يفسخ بيعه ويرد الثمن على مبتاعه، وأن يكون موته عتقه، ولا يضمن مبتاعه قيمته اعتبارًا بأم الولد، وإذا قتل**

---

(١) سقط من أ.

المدبر فقيمته لسيده، وإن مات ورثه بالرق وإن جرح فأرش جراحه لسيده.

ولو جنى جناية فجنايته في خدمته دون رقبته.

المدبر فقيمته لسيده وإن مات ورثه بالرق، وإن جرح فأرش جرحه لسيده.

وإن جنى فجنايته في خدمته دون رقبته).

يعني بقوله: «عن قيمته» أي: على رجاء العتق له وخوف الرق، كمن استهلك زرعًا فيغرم قيمته على الرجاء والخوف فما زاد بعد ذلك بيد البائع فيشتري به رقبة يدبرها هكذا قال فيها[١]، وظاهرها وجوبًا خلاف قول الشيخ باستحبابه.

ويتحصل في هذه المسألة وهي إذا مات هذا المدبر عند مشتريه وما فوقها وهي إذا أعتقه أربعة أقوال:

أحدها: أنه لا يجب عليه أن [يتحجر من شيء][٢] من ثمنه في الوجهين.

وفي الثاني: مقابله.

والثالث: يجب عليه [فيما][٣] زاد على قيمته على الرجاء والخوف في الوجهين.

والرابع: الفرق بين الموت والعتق فيجب عليه التحجر من [باب][٤] الزيادة في الموت ولا يجب عليه ذلك في العتق[٥].

واعلم أن ما تقدم من قولها[٦]: فيمن استهلك زرعًا لم يقع إلا هنا بعد البحث عن ذلك.

واختلف هل يستأنى بالقيمة لعله ينبت كما يستأنى بسني الصبي ، أو تعجل القيمة؟ في ذلك قولان.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٥١٩)، و«التهذيب» (٢/ ٥٤٤).

(٢) في ب: يتحجر.

(٣) في ب: أن يتحجر فما.

(٤) سقط من ب.

(٥) هذا كله كلام ابن عرفة في «المختصر الفقهي» (١٦/ ١٨).

(٦) «التهذيب» (٢/ ٥٤٦).

والسيد بالخيار في افتكاكه بأرش جناية وفي إسلام خدمته إلى المجني عليه ليخدمه ويقاصه بأجرة خدمته من أرش جنايته، فإن استوفى ذلك والسيد حي رجع إلييه فكان مدبرًا على حاله،وإن مات السيد قبل ذلك وله مال يخرج من ثلثه عتق وكان ما بقي من أرش جنايته دينًا في ذمته، وقد قيل: لا شيء عليه من أرش جنايته، وإن لم يكن لسيده مال غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه ، وكان عليه ثلث ما بقي من أرش جنايته دينًا في ذمته، وكان ثلثا ما بقي معلقًا برقبته، ....

واختلف إذا عاد الزرع بعد أخذ القيمة فهل هو حكم مضى أو ترد في ذلك قولان لمطرف وغيره.

قوله: (والسيد مخير في افتكاكه بأرش جنايته وفي إسلام خدمته إلى المجني عليه ليخدمه [ويقاصه][1] بأجرة خدمته من أرش جنايته).

يعني: إذا لم يكن للمدبر مال تؤدى منه الجناية فإن كان له مال تؤدى منه لم يكن للسيد إسلامه للمجني عليه يخدمه بل يدفع أرش الجناية من ماله، نص عليه فيها[2].

وفيها أيضًا[3]: وإذا جنى المدبر ثم أعتقه سيده فإن أراد حمل الجناية لزمه وإلا حلف ما أراد حملها وردت حريته وخير بين إسلامه أو إفدائه.

قوله: (فإن استوفى في ذلك والسيد حي رجع إليه فكان مدبرًا على حاله).

ما ذكر من رجوعه إليه هو المشهور،**وقيل**: لا يرجع إليه.

قوله: (وإن مات السيد قبل ذلك وله مال يخرج من ثلثه عتق وكان ما بقي من أرش جنايته دينًا في ذمته [وقد قيل: لا شيء عليه في أرش جنايته، فإن لم يكن لسيده قال غيره : عتق ثلثه ورق ثلثاه ، وكان عليه ثلث ما بقي في أي شيء جنايته ، دينًا في ذمته][4] وكان ثلثا ما بقي معلقًا برقبته).

---

(١) في ب: ويقاضيه.

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥١٦).

(٤) سقط من أ.

والورثة بالخيار في إسلام ثلثيه،وفي افتكاكه بثلثي ما بقي من أرش جنايته، وإذا جرح المدبر اثنين تحاصا خدمته، فإن جرح واحدًا فأسلم إليه، ثم جرح آخر بعد ذلك تحاصا في خدمته. ويتخرج فيها وجه آخر، وهو أن يخير المجروح الأول في افتكاكه وإسلامه. فإن افتكه اختص بخدمته، وإن أسلمه بطل حقه من خدمته.

فصل: في جناية المدبر على سيده:

وإذا جنى المدبر على سيده بطلت خدمته بالتدبير، واختدمه بالجناية وقاصه

القول الأول هو قول مالك فيها[١] وهو المشهور.

وسبب الخلاف في هذا وما فوقه: هل تدفع الجناية للمجني عليه على سبيل التقاضي في أو تدفع إليه على سبيل المعاوضة.

فعلى الأول يرجع إلى السيد باقي خدمة المدبر ويتبع المدبر، وعلى الثاني لا يرجع المدبر إلى السيد ولا يتبع المدبر بباقي الأرش إذا خرج حرًّا.

قوله: (**والورثة بالخيار في إسلام ثلثيه وفي افتكاكه بثلثي ما بقي من أرش جنايته. وإن جرح اثنين تحاصا في خدمته**).

فإن قلت: لم خير الورثة في الثلثين وقد كان السيد أسلمها للمجني عليه بإسلامه جميع المدبر.

قلت: قد أجاب عن ذلك ابن المواز: بأن السيد إنما أسلم الخدمة ولم يسلم الرقبة، فإذا صار الأمر إلى الرقبة فذلك شيء آخر لم يتقدم فيه تخيير آخر.

قوله: (**فإن جرح واحد فأسلم إليه، ثم جرح آخر بعد ذلك تحاصا في خدمته، ويتخرج [فيه وجه]**[٢] **وهو أن يخير المجروح الأول في افتكاكه وفي إسلامه فإن افتكه اختص بخدمته وإن أسلمه بطل حقه في خدمته**).

يعني «بالتخريج» أنه يتخرج على القول الثاني في المسألة الأولى بناء على أن دفع الخدمة له على سبيل المعاوضة أنه يخير المجني عليه كما يخير السيد.

قوله: (**وإن جنى المدبر على سيده بطلت خدمته بالتدبير واختدمه بالجناية، وقاصه**

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٥١٩).

(٢) في ب: فيها قول آخر.

من أجرته بأرشها، قاله ابن القاسم، وقال غيره: لا يضمن لسيده أرش جنايته.

وإذا جرح السيد مدبره لم يضمن له أرش جراحه،وإن قتله فلا ضمان عليه.

وإن قتل المدبر سيده عمدًا، بطل تدبيره، وإن قتله خطأ لم يبطل تدبيره.

فصل: في مكاتبة العبد مدبره:

وإذا قاطع السيد عبده على مال جعله عليه وعجل العتق عليه، ثم مات السيد لم يسقط ذلك عنه، ....

من أجرته بأرشها، قاله ابن القاسم، وقال غيره: لا يضمن لسيده أرش جنايته وإن جرح السيد مدبره لم يضمن له أرش جنايته، وإن قتله فلا ضمان عليه).

القولان فيها[1] إلا أن في نقله بترًا للقول الأول من وجهين:

أحدهما: أنه عزاه فيها لمالك أيضًا.

الثاني: زيادة فيه: فإن مات السيد ولم يتمها عتق في ثلثه، واتبع ببقية الجناية، وإن عتق بعضه في ثلثه أتبع بحصة الخدمة فيه.

ولو أسلمه المجروح لأتبعه المجروح بما بقي إن عتق في الثلث.

قال ابن القاسم فيها[2]: وإن جنى المدبر على سيده وعلى أجنبي استخدماه بقدر جنايتهما.

قال سحنون: وهذا مثل الأول.

قوله: (وإن قتل المدبر سيده عمدًا بطل تدبيره، وإن قتله خطأ لم يبطل تدبيره، وإن قاطع السيد مدبره على مال جعله عليه وعجل له العتق، ثم مات السيد لم يسقط ذلك عنه).

ما ذكره مثله في «الموازية» وقاسه على قاتل العمد والخطأ.

قال ابن عبد السلام: ولا أعلم في ذلك خلافًا في المذهب، والأصل أن عقود الحرية لا يردها شيء، وما وقع في السنة من منع القاتل الميراث، وما وقع في المذهب

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٥٤٣).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥١٩).

وإن كاتبه ثم مات قبل أداء كتابته عتق وسقطت الكتابة عنه، إن خرج من ثلثه، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه وسقط ثلث كتابته عنه، وكان ثلثاه مكاتبًا بمثلي كتابته، فإن أداه عتق، وإن عجز عنه رق ثلثاه لورثته.

فصل: في تدبير العبد المشترك الملكية:

ومن دبر بعض عبده لزمه تدبيره، كله ومن دبر عبده، وكان له فيه شريك تقاومه هو وشريكه، فإن صار له صار مدبرًا كله، وإن صار لشريكه رق كله، وبطل تدبيره، وقد قيل: لشريكه أن يتمسك بنصيبه ولا يقومه على شريكه.

من منع الموصى له الوصية بسبب قتله للموصي إنما ذلك منع مال، وهذا إبطال حق الله تعالى في الحرية ولا جامع بينهما، والله أعلم.

قوله: (وإن كاتبه ثم مات قبل أداء الكتابة عتق وسقطت الكتابة عنه إن خرج من ثلثه، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه وسقط ثلث الكتابة عنه وكان ثلثاه مكاتبًا بثلثي كتابته، فإن أداه عتق، وإن عجز عنه رق ثلثاه للورثة).

تكلم ـ رحمه الله ـ بعد الوقوع وتكلم عليه فيها ابتداءً فقال: «ولا بأس بكتابة المدبر»، فظاهرها الإباحة، وزاد فيها أنه يقوم بماله في الثلث.

قوله: (ومن دبر بعض عبده لزمه تدبيره كله ومن دبّر شركًا له في عبد تقاومه هو وشريكه فإن صار له صار مدبرًا كله، وإن صار لشريكه رق عليه وبطل تدبيره، وقد قيل: إن لشريكه أن يتمسك بنصيبه ولا يقوم على شريكه).

القول الأول هو نصها[1] وصورها في أمة وزاد: إلا أن [يشاء][2] الذي لم يدبرها أن يسلمها إلى الذي دبر، ويتبعه بنصف قيمتها فذلك له.

وناقض الشافعي على مالك حيث منع بيع المدبر وقال في هذه المسألة ما قال.

وأجابه سحنون: بأن المقاواة إنما قلنا بها لإزالة الضرر عن الشريك الذي لم يدبر.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٤٣).

(٢) في ب: يريد.

وإذا دبر الرجلان عبدًا بينهما فقد اختلف فيه فأُجيز وكُره.

فصل: مدبر الذمي:

وإذا دبر الذمي عبدًا، ثم أسلم العبد أو أُجِّرَ عليه من المسلم ودفعت إليه إجارته، فإذا مات عتق من ثلثه، ويتخرج فيها وجه آخر وهو: أنه يباع عليه ويدفع الثمن إليه اعتبارًا بأم ولده إذا أسلمت قبله.

❁ ❁ ❁

قوله: (وإذا دبر الرجلان عبدًا بينهما فقد اختلف فيه فأجيز وكُرِه، وإذا دبر الذمي عبدًا ثم أسلم أو أجر عليه من مسلم ودفعت إليه إجارته، فإذا مات عتق من ثلثه ويتخرج فيها وجه آخر وهو أنه يباع عليه ويدفع الثمن إليه اعتبارًا بأم ولده إذا أسلمت قبله).

في تخريجه نظر؛ لأن أم الولد حرمتها آكد من المدبر بدليل أنها تخرج من رأس المال بخلاف المدبر فإنه من الثلث، والله أعلم.

وإذا دبر الكافر عبده المسلم صح، وسواء كان إسلامه بعد أن ملكه أو قبل أن يشتريه ثم اشتراه ودبره.

واختلف هل [يؤخر][(١)] أم لا؟ :

فقيل: [يؤخر][(٢)]، قاله ابن القاسم.

وقيل: يتنجز عتقه، قاله ابن الماجشون ومطرف:

ووجهه: [أنه تحيل][(٣)] في استدامة ملكه للمسلم، واستدامة ملكه له لا يجوز.

❁ ❁ ❁

(١،٢) في ب: يؤاجر.

(٣) في أ: أنه يتحمل.

كتاب المكاتب

فصل: ما تجوز فيه المكاتبة

قال مالك - يرحمه الله: والمكاتبة مباحة غير واجبة، والإيتاء مندوب إليه غير مفروض.

كتاب المكاتب[1]

فصل: ما تجوز فيه المكاتبة

قال ابن عبد السلام: لما كان حقيقتها العرفية معلومة وهي: إعتاق العبد على مال منجم ،لم يتعرض ابن الحاجب[2] إلى رسمها.

واعترضه بعض شيوخنا[3] بأنه يدخل في كلامه عتقه على مال منجم على أجنبي ليس بكتابة ولا حكمه حكمها وحدها، بأن قال: الكتابة عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه.

قوله: (والكتابة مباحة غير واجبة، والإيتاء مندوب إليه غير مفروض فعله).

قوة كلام الشيخ تقتضي: أنها مباحة غير مندوب إليها لقوله: «والإيتاء مندوب» وهو الذي فهم الباجي[4] عنه، وبه قال إسماعيل القاضي وعبد الوهاب[5]، وتأوله اللخمي على مالك في «الموطأ» بقوله [هذا][6] إن بعض أهل العلم كان إذا سئل عن آية الكتابة تلا قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُواْ﴾ [المائدة:٢] وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الجمعة:١٠].

---

(١) في ب: قدم كتاب المكاتب على كتاب العتق.

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣٧).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٢٣، ٢٤).

(٤) «المنتقى» (٧/ ٣).

(٥) «الإشراف» (٢/ ٩٩٨)، و«المعونة» (٢/ ١٤٦٣).

(٦) في ب: هنا.

ولا بأس بأن يكاتب الرجل عبده بما اتفقا عليه مما تجوز المعاوضة عليه، وكل ما جاز أن يكون ثمنًا في المباعات وأجرة في الإجارات فالكتابة عليه جائزة ولا بأس بالكتابة على الوصفاء من العبيد والإماء.

وقيل: إنه مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور:٣٣] رواه ابن القصار،وقاله مطرف وابن شعبان.

وقال اللخمي: أرى إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من مباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير فمباحة، وإن عُرف بالسوء والإذاية فمكروهة، وإن كانت سعايته من الحرام فمحرمة.

وأما الإيتاء فقال مالك: هو أن يضع عن المكاتب من آخر كتابته، وقد وضع ابن عمر خمسة آلاف من خمسة وثلاثين.

وقال عليّ بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ربع الكتابة.

وقال [اللخمي](١): هو شيء حث الله عليه السيد وغيره.

قوله: (ولا بأس أن يكاتب الرجل عبده بما اتفقا عليه مما يجوز المعاوضة عليه...) إلى آخره .

ظاهره: إنما لا تجوز المعاوضة فيه كالخمر فإنه لا يجوز أن يكون عوضًا ويدل عليه ما يقوله بإثره وهو كذلك لكنه إذا وقع وفاتت الكتابة بالأداء مضت، وكذلك إذا كان [ذلك](٢) قبل الفوات وقبل الأداء لم يفسخ؛ لأن عقد الكتابة هنا فوت ويرجع بالقيمة كما لو اشترى العبد شراء فاسدًا وكاتبه مشتريه فإنه يحكم بقيمته.

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج قول بالفسخ قبل الأداء.

قوله: (ولا بأس بالكتابة على الوصفاء من العبيد والإماء).

---

(١) في ب: النخعي.

(٢) سقط من ب.

فصل: في جبر العبد على الكتابة ومن تكره كتابتهم:

وليس للسيد أن يجبر عبده على كتابته، وقد قيل: إنه يجوز أن يجبره على ذلك.

يعني: وإن لم يصفهم وله الوسط من ذلك الجنس كما صرح به فيها[(١)] .

ويلزم على منع ابن عبد الحكم ما ذكر أن يكون صداقًا حتى يكون على مقدار معلوم منعه في الكتابة، وأما الكتابة على آبق أو شارد أو جنين أو دين على غائب لا يعلم حياته ولا يعتق حتى يقبض السيد ما شرط.

فقال أشهب: يكره ابتداء، فإن وقع مضى.

ونقل ابن يونس[(٢)] عن ابن القاسم فيها[(٣)]: إنه جائز ابتداء وهو ظاهر ما حكاه اللخمي أيضًا.

واعترضه ابن عبد السلام: بأن الذي في «التهذيب»[(٤)] إنما هو: قيل لابن القاسم: فيمن كاتب عبده على شيء من العوض لا يجوز في البيوع أتجوز الكتابة؟

قال: قال مالك[(٥)]: من كاتب عبده على [وصفاء][(٦)] حمران وسودان ولم يصفهم جاز وله وسط من ذلك الجنس كالنكاح فعلى هذا جميع ما سألت عنه .

فأنت ترى ابن القاسم كيف لم يدخل تحت إجازة الكتابة على الغرر [بل][(٧)] أتى بقول مالك وليس فيه زيادة على ما أجازه في النكاح.

قوله: (وليس للسيد أن يجبر عبده على الكتابة،وقد قيل: له أن يجبره على ذلك).

القول الأول هو المشهور،والقول الثاني به قال ابن بكير، وإسماعيل القاضي ورواه عن مالك.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٥٢).

(٢) «الجامع» (٣/ ٥٢٧).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٥٥٤).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٥٥٣).

(٥) «المدونة» (٢/ ٤٥٥)،والتهذيب» (٢/ ٥٥٢).

(٦) في أ: وصف.

(٧) سقط من ب.

ولا بأس بكتابة العبد الذي لا صنعة له، وتكره كتابة الأمة التي لا صنعة لها ولا عمل في يديها.

ولا بأس بالكتابة على نجم واحد أو نجوم عدة ....

قوله: (ولا بأس بكتابة العبد الذي لا صنعة له،وتكره كتابة الأمة التي لا صنعة لها ولا عمل في يديها).

ما ذكره من الكراهية في الأمة هو قول مالك فيها(١).

قال(٢): كما كره عثمان أن تخارج [قلت: تأمل ما نقله الباجي مع قول](٣) ابن عبد السلام قالوا: والحد الذي يجوز فيه كتابة المكاتب إذا بلغ حد السعاية وهو بلوغ ست عشرة سنة.

واختلف في كتابة الصغير والأمة اللذين لا مال لهما ولا يسعيان بالجواز والكراهة:

وظاهر كلام أشهب: التحريم؛ لقوله: «تفسخ كتابة الصغير ما لم تفت بالأداء».

قلت: قال بعض شيوخنا(٤): تأمل قوله: «قالوا» فإن أراد ذلك على قول أشهب فهو خلاف نصه بمنع مكاتبة ابن عشر سنين، وإن أراد على قول ابن القاسم فظاهر نقل الباجي(٥) عنه جوازه وإن لم يبلغ عشر سنين.

قوله: (ولا بأس بالكتابة على نجم واحد أو نجوم عدة).

قوة كلامه تقتضي: أن الحلول ينافيها وهو كذلك على أحد القولين؛ لأن الكتابة لم تقع قديماً وحديثًا إلاَّ مؤجلة.

وقيل: إنها كالبيع تقبل الحلول والتأجيل غير أن الغالب عليها عند أهل المذهب التأجيل.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٦٤).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٥٦٤، ٥٦٥).

(٣) سقط من ب.

(٤) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٤٤).

(٥) «المنتقى» (٧/ ٥).

والمكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته، إن أداه عتق، وإن عجز عنه رق.

فصل: فيما يتبع العبد المكاتب:

ومن كاتب عبدًا وله مال تبعه ماله، وإن كان له ولد لم يتبعه ولده ، ولم يدخل في كتابته إلا أن يشترطه،وإن كانت له أمة حامل منه تبعته الأمة، ولم يتبعه

ولذلك قالوا: إذا أوصى الوصي بالكتابة منجمة [نجمة](١) تجري على حسب ما يراه أهل المعرفة.

وزعم ابن رشد(٢) أنه مذهب مالك.

قال: وقول الشيخ أبي محمد في «رسالته»(٣): «الكتابة جائزة على ما رضي العبد وسيده منجمًا».

ظاهره: أنها لا تكون إلا منجمة وليس بصحيح،[ولما منعها خالف](٤) أبو حنيفة.

ورده بعض شيوخنا(٥): بأن قول الشيخ أبي محمد وغيره لا يدل على منعها حالة بل على عدم صدق لفظ «الكتابة» عليها فقط، فتأمله.

قوله: (والمكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته، إن أدّاه عتق، وإن عجز عنه رقّ).

[ظاهره وإن قل ما بقي عليه وهو كذلك](٦).

قوله: (ومن كاتب عبده وله مال تبعه ماله، وإن كان له ولد لم يتبعه ولده ولم يدخل في كتابته إلا أن يشترطه، وإن كانت له أمة حامل منه تبعته الأمة ولم يتبعها

---

(١) سقط من أ.

(٢) «البيان» (١٥/ ٢٧٤)، و«المقدمات» (٣/ ١٨٢).

(٣) «الرسالة» (ص/ ١١٤).

(٤) في ب: وإنما فيها حالة.

(٥) « مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٤٥).

(٦) سقط من أ.

ولدها وانتظر بها وضع حملها، فإذا وضعت حملها، كان الولد للسيد والأمة للمكاتب، وما ولد للمكاتب من أمته بعد عقد كتابته فهو بمنزلته داخل في كتابته، يعتق بعتقه ويرق برقه.

فصل: في بيع كتابة المكاتب:

ولا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كان ذهبًا أو ورقًا بعرض معجل، وإن كانت عروضًا فبذهب أو وَرِق معجل أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل.

ولدها وانتظر بها وضع حملها، فإذا وضعت كان الولد للسيد، والأمة للمكاتب، وما ولد للمكاتب من أمته بعد عقد كتابته فهو بمنزلته داخل في كتابته يعتق بعتقه ويرق برقه).

ظاهره: وإن كان كثيرًا وهو كذلك، قاله مالك[(١)].

وقال أبو حنيفة والشافعي[(٢)] **وغيرهما:** ماله لسيده.

قوله: (ولا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كانت ذهبًا أو ورِقًا بعرض معجل، وإن كانت عروضًا فبذهب أو ورِق معجلة أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل).

واعلم أنه يشترط في بيع الكتابة من أجنبي ما شرط في بيع الدين بشرط السلامة من الربا، ومن بيع الدين بالدين، ومن بيع الطعام قبل قبضه بخلاف بيع السيد لها من العبد فإنه يجوز ذلك كله لهما، إلا [أن][(٣)] يشترط أنه مثل بيع الدين سواء من حضور المكاتب وإقراره، كما يشترط حضور من عليه الدين وإقراره فإن [الضرر][(٤)] من هذا الوجه ومن غيرها وجه مغتفر في بيع الكتابة، قاله ابن عبد السلام.

ورده بعض شيوخنا[(٥)]: بأن الاغتفار إنما هو في عقدها؛ لأنه طريق للعتق

---

(١) «المدونة» (٢/ ٤٥٧).

(٢) «الأم» (٨/ ٥٦)، و«الحاوي الكبير» (٧/ ٢٣٥).

(٣) في ب: أنه لا.

(٤) في ب: الغرر.

(٥) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٦١).

ولا يجوز بيع نجم من نجوم المكاتب، وعنه في بيع الجزء من كتابته روايتان:

إحداهما: جوازه.

والأخرى: منعه. ومن ابتاع كتابة مكاتبه، فأدى إليه كتابه عتق، وكان ولاؤه

بخلاف بيعها فلا بد من حضوره.

قوله: (ولا يجوز بيع نجم من نجوم المكاتب وعنه في بيع الجزء من كتابته روايتان:

إحداهما: جوازه.

والأخرى: منعه).

يعني: لا يجوز بيع نجم معين لما في ذلك من [الضرر](١)، وأما إن كان النجم غير معين كنجم من ثلاثة أو أربعة فصحيح، الجواز وهو يرجع إلى بيع الجزء منها، [وقد](٢) ذكر الشيخ فيه روايتين .

وكذلك اختلف في المكاتب بين الشريكين يبيع أحدهما حصته من الكتابة.

وقال بعض الشيوخ: لا أعلم للمنع وجهًا، والخلاف في هذا الفرع مقصور على ما إذا كان البيع من أجنبي، وأما إذا باع نصيبه في الكتابة من المكاتب فلا يجوز؛ لأن ذلك من المقاطعة ولا يجوز إلا بإذن الشريك.

ودل كلام الشيخ على أن بيع الكتابة بأجمعها جائز، وهو كذلك، قاله مالك، ومنع منه [ربيعة](٣) وعبد العزيز وأبو حنيفة والشافعي.

ومال إليه بعض شيوخ المذهب، لما في ذلك من [الضرر](٤) مما لا خفاء فيه؛ لأنه إن أدى [الكتابة](٥) لم يحصل للمشتري سوى الكتابة.

وإن عجز عن أول نجم لم يحصل له إلا الرقبة، وإن عجز عن آخر نجم حصل له جميع الرقبة مع أكثر الكتابة إلى غير ذلك من الاحتمالات.

قوله: (ومن ابتاع كتابة مكاتب فأدى إليه كتابته عتق وكان ولاؤه.............

---

(١) في ب: الغرر .

(٢) في ب: وما.

(٣) في أ: ربيع.

(٤) في ب: الغرر .

(٥) في ب: المكاتب.

لمن عقد كتابته، وإن عجز فله رقبته، وإن مات عن مال، فله ماله، ومن وهب له كتابة مكاتب أو أوصى له بها فإن مات ورثه، وإن عجز ملكه، ....

لمن عقد كتابته، وإن عجز فله رقبته وإن مات عن مال فله ماله).

ما ذكر أن ولاءه للبائع هو مذهبنا.

وقال الشافعي(١) **وغيره**: الولاء للمشتري .

والضمير في قوله: «**فله**» في الموضعين عائد على المبتاع.

واختلف الشيوخ في مشتري الكتابة يطلع على عيب المكاتب :

فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ينتظر به فإن أدى الكتابة فلا رجوع للمشتري بشيء؛ لأنه قد حصل له ما اشترى، وإن عجز فرق فله رده بالعيب ويرد معه جميع ما أخذ من كتابة، ولم يكن ذلك كالغلة، ألا ترى أنه لو اقتضى تسعة أعشار الكتابة ثم عجز فرده بالعيب أيكون له ما اقتضى بل يرد ذلك؛ لأنه إنما اشترى الكتابة فليست كالغلة.

وقال غيره: ليس عليه أن يرد شيئًا مما قبض من الكتابة؛ [لأن ذلك كالغلة ، قال: وله رده وإن لم يعجز، حجته أنه بالعجز يرق، ثم لا يرد معه ما قبض من كتابته](٢) لأن الأمر كان فيه مترقبًا لا يدري ما يحصل الرقبة بالعجز أو مال الكتابة فلما عجز فكأنه إنما اشترى رقبة فكان ما قبض غلته.

قوله: (ومن وهب لرجل كتابة مكاتب أو أوصى له بها فإن مات ورثه، وإن عجز ملكه).

الضمير في قوله: «ورثه» و «ملكه» عائد على الرجل، وهذا أحد القولين.

وقيل: رقبته تكون للواهب.

---

(١) انظر: «كفاية النبيه » (٩ / ١٤)، و«العزيز شرح الوجيز» (١٣ / ٥٣٥)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٧٢).

(٢) سقط من أ.

وإذا بيعت كتابته، فهو أحق بها من مبتاعها، وإن بيع جزء منها لم يكن أحق به من مبتاعه.

فصل: في اشتراط سفر أو خدمة مع الكتابة وتعديل أدائها:

ومن كاتب عبده على ذهب فله أن ينقله إلى ورق وإن كاتبه على ورق فله أن ينقله إلى ذهب، ....

قوله: (وإن بيعت كتابته فهو أحق بها من مبتاعها، وإن بيع جزء منها لم يكن أحق به من مبتاعه).

ما ذكر أنه أحق ممن مثله فيها [إن شاء](1) في «كتاب أمهات الأولاد»(2) و«الموطأ».

[وظاهرهما:](3) وإن نفذ البائع البيع للمشتري، وهو كذلك في رواية أشهب ومطرف، وبه قال ابن الماجشون وغيره.

وقيل: إنما يكون أحق إذا أعطى السيد فيها ثمنًا عند إرادته بيعها أما إذا أنفذ ومضى في نحوه، وبه فسر ابن رشد قولها .

وروى ابن القاسم: المبيع للمبتاع فالمبتاع أحق، قاله مالك في نحوه [وبه فسَّر ابن رشد قولها.

وروى ابن القاسم: حسن](4) أن له ذلك ولا يقضى به فالأقوال ثلاثة.

قوله: (ولا بأس على من كاتب عبده على ذهب أن ينقله إلى ورق أو كاتبه على ورق أن ينقله إلى ذهب).

لا خصوصية لما ذكره من التصوير ، بل للسيد والمكاتب أن يتفقا على تَغيُّر الكتابة عن الصورة التي عقدا عليها إلى غيرها سواء أدى ذلك إلى صورة صرف مستأخر، أو

---

(1) سقط من ب.
(2) «التهذيب» (٢/ ٥٩٩).
(3) في ب: وظاهرها.
(4) سقط من أ.

ولا بأس أن يشترط على مكاتبه سفرًا أو خدمة مع كتابته، فإن أدى الكتابة معجلة سقط عنه السفر والخدمة، وقد قيل: لا يسقط عنه ذلك وهو لازم لا يعتق إلا بأدائه، وقد قيل: له أن يعطي قيمة ذلك مع كتابته، ويتعجلّ عتقه، ولا ينتظر به ما شرط عليه من السفر أو الخدمة.

فصل: في حكم المكاتب إذا مات قبل أداء كتابته:

إذا مات المكاتب قبل أداء كتابته، وترك ولدًا قد دخلوا في كتابته بالولادة أو الشرط، وترك مالاً أدوا عنه باقي كتابته، وكان ما بقي بعد ذلك ميراثًا بين ولده،

فسخ دين في دين، أو بيع طعام قبل قبضه أو سلف جر منفعة، أو غير ذلك من الوجوه الممنوعة في البيع.

وقال الشافعي وغيره: لا يجوز منه إلا ما يجوز في البيع.

وقال ابن عبد السلام: هو أرجح على أصل المذهب الذي يمنع [الربا][1] بين السيد وعبده القن الذي يجوز له انتزاع ماله فكيف بالمكاتب الذي يمتنع أن ينتزع ماله.

وأجازه سحنون بشرط تنجيز العتق.

قوله: **(ولا بأس أن يشترط على مكاتبه سفرًا أو خدمة مع كتابته فإن أدى الكتابة معجلة سقط عنه السفر أو الخدمة، وقد قيل: لا يسقط ذلك عنه وهو لازم له ولا يعتق إلا بأدائه.**

وقد قيل له: أن يعطي قيمة ذلك مع كتابته، ويتعجل عتقه ولا ينتظر به ما اشترط عليه من السفر والخدمة).

القول الأول بإسقاط ما التزم هو قول مالك، والقول الثاني هو قول أشهب، وكلاهما فيها.

قوله: **(وإذا مات المكاتب قبل أداء كتابته وترك ولدًا قد دخلوا في كتابته بالولادة أو الشرط، وترك مالًا أدي عنه باقي كتابته، وكان ما فضل بعد ذلك ميراثًا بين ولده**

---

(١) في أ: الرجاء.

للذكر مثل حظّ الأنثيين.

فصل: في ميراث المكاتب:

وميراثه لولده دون سيده، ولا يرثه ولده العبيد ولا الأحرار ولا المكاتبون كتابة منفردة عن كتابته، وإنما يرثه ولده الذين معه في كتابته. وترثه زوجته وسائر أقاربه إذاكانوا معه في كتابته، وقد قيل:لا يرثه إلا ولده المكاتبون معه دون زوجته وسائر أقاربه.

فصل: فيمن ابتاعه المكاتب من ولده وغير ولده:

إذا ابتاع المكاتب ولدًا له بإذن سيده دخل في كتابته معه، وليس له أن يبتاع ولده بغير إذن سيده وإن ابتاعه بغير إذنه لم يدخل في كتابته، فإن ابتاع غير ولده من أقاربه بإذن سيده لم يدخل معه في كتابته، قاله ابن عبد الحكم.

للذكر مثل حظ الأنثيين،وميراثه لولده دون سيده،ولا يرثه ولده العبيد ولا الأحرار ولا المكاتبون كتابة منفردة عن كتابته وإنما يرثه ولده الذين معه في كتابته، وترثه زوجته وسائر أقاربه إذا كانوا معه في كتابته.

وقد قيل: لا يرثه إلا ولده الذين معه في الكتابة دون زوجته وسائر أقاربه.

وإذا ابتاع ولدًا له بإذن سيده دخل في كتابته معه، وليس له أن يبتاع ولده بغير إذن سيده، وإن ابتاعه بغير إذن سيده لم يدخل في كتابته، وإن ابتاع غير ولده من أقاربه بإذن سيده لم يدخل معه في كتابته، قاله ابن عبد الحكم).

يعني بقوله: «أو الولادة» إما أنه كان موجودًا يوم عقد الكتابة، وإما دخل في الكتابة بمقتضى العقد لكونه حملًا يوم عقدها أو حدث بعد عقدها.

ويريد بقوله: «**أدّى عنه باقي الكتابة**» أي: الحكم يقتضيه ولا خيار فيه للورثة.

وما ذكر من أن ما فضل يكون بينهما ميراثًا هو المشهور، **وقيل**: إنه مات عبدًا لا مكاتبًا، وكل ما خلفه فلسيده، وعلى ولده الذين معه في الكتابة أن [يسعوا][1] في

---

(١) في أ: يبيعوا.

وقال ابن القاسم: يدخل معه في كتابته كل من يعتق على الحر إذا ملكه، إن ابتاعه بإذن سيده.

فصل: في حكم أبناء المكاتب بعد موته قبل حلول كتابته:

وإذا مات المكاتب وترك ولدًا معه في كتابته لم يوضع عنه شيء لموته، وإذا مات المكاتب عن مال فيه وفاء بكتابته فقد حلت كتابته وليس لولده تأخيرها

بقية الكتابة ويحط عنهم قدر حصته.

قاله عمر بن عبد العزيز والشافعي وغيرهما، واختاره الباجي[1] والفاكهاني.

لقوله - عليه السلام: «**المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**».

وما ذكر من القولين كلاهما عن مالك.

وعنه: يرثه من معه إلا الزوجة.

وعنه: يرثه من معه قريب يعتق عليه من الآباء والأولاد والإخوة خاصة.

وعلى الثالث فالزوج أيضًا مثلها مستثنى.

قوله: (وقال ابن القاسم: يدخل معه في كتابته كل من يعتق على الحر إذا ملكه إذا ابتاعه بإذن سيده).

قول ابن القاسم هو فيها[2].

وتقدم غير ما مرة أنه لا يعترض عليه في تقديم قول ابن عبد الحكم على ابن القاسم؛ لأنه المشهور عند أهل [بغداد على أن ما ذكره عن ابن عبد الحكم هو فيها عن مالك من رواية أشهب][3].

قوله: (وإذا مات المكاتب وترك ولدًا معه في كتابته لم يوضع عنهم شيء لموته).

قد تقدم ما فيه .

قوله: (وإذا مات المكاتب عن مال فيه وفاء بكتابته فقد حلت كتابته وليس لولده

---

(١) «المنتقى» (٧/ ٤).

(٢) «المدونة» (٢/ ٤٥٨).

(٣) سقط من ب.

إلى نجومها،وإن لم يكن فيه وفاء كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها. وإن كانوا صغارًا لم يبلغوا لسعي أخذ عنهم إلى بلوغهم،وإن كان مالاً لا يبلغهم السعي رُقُّوا بموت والدهم.

فصل: في كتابة الجماعة كتابة واحدة:

ولا بأس أن يكاتب الرجل عبيدًا له عدة كتابة واحدة وبعضهم حملاً عن

أن يؤخروها إلى نجومها.

وإن لم يكن فيه وفاء كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها).

لأن الكتابة تشبه الدين في هذا الوجه فتحل بالموت.

قوله: (**وإن كانوا صغارًا لم يبلغوا السعي أدِّي عنهم إلى بلوغهم، وإن كان المال لا يبلغهم السعي رقوا بموت والدهم**).

يريد: ما لم تكن معهم أم ولد، فإن كانت ولها قوة وأمانة دفع إليها إن رجي لها قوة على سعي بقية الكتابة والابتياع، [ويضم][(١)] ثمنها إلى التركة [فيؤدي][(٢)] إلى بلوغ السعي، وحيث آل الأمر إلى بيعها، فقال مالك: [للولي][(٣)] بيع من فيه نجابة من أمهات أولاده أمهم كانت أو غيرها.

[**وقال ابن القاسم**: أدى ألا يبيع أمه إذا كان في بيع سواها ما يكفيه ، وكلاهما فيها][(٤)].

واختلف قول سحنون إذا كن أمهات أولاد .

فقال مرة: يقرع بينهن.

وقال مرة: يباع من كل واحدة بقدرها.

قوله: (ولا بأس أن يكاتب الرجل عبيدًا له عدة كتابة واحدة، وبعضهم حملًا عن

---

(١) في أ: ويضمن.

(٢) في ب: فتؤدى.

(٣) في أ: للولد.

(٤) سقط من أ.

بعض، وسواء كانوا أجانب أو أقارب، ومن كاتب عدة أعبد له كتابة واحدة لم يعتق بعضهم دون بعض، فإن عجز واحد منهم عما يصيبه من الكتاب كُلِّف أصحابه الأداء عنه .

بعض، وسواء كانوا أجانب أو أقارب.

ومن كاتب عدة أعبد له كتابة واحدة لم يعتق بعضهم دون بعض، وإن عجز واحد منهم عما يصيبه من الكتابة كلف أصحابه الأداء عنه).

مثل قوله: «لا بأس » عبر فيها، والمراد بها: صريح الإباحة؛ لقول «الرسالة»[(١)]: «وتجوز كتابة الجماعة».

قال فيها[(٢)]: وأما [عبد][(٣)] لك و[عبد][(٤)] لغيرك لم يجز لكما جمعهما.

فإن وقعت فقال اللخمي: يختلف هل [تمضي][(٥)] وتفض الكتابة عليهما وتسقط حمالة أحدهما عن الأخرى ويفسخ ما لم يؤد نجماً أو صدرًا من الكتابة على ما تقدم في الشروط الفاسدة، وهذا كله إذا دخلا على الحمالة.

وأما إن كان السيد إن عقد الكتابة لا على الحمالة :

فقال الباجي[(٦)]: إنها جائزة ويجعل على كل واحد من العبدين ما ينوبه من جملة الكتابة.

وأشار إلى أنه لا يختلف فيه كما اختلف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

[وقال التادلي: منهم من أجرى ذلك على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع][(٧)] وأما لو كان عبدان شركة بين رجلين فاختلف في جمعهما في كتابة واحدة، فلم يجز ذلك

---

(١) «الرسالة» (ص/ ١١٤).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٥٦٨).

(٣،٤) في ب: عبيد.

(٥) في أ: يضم.

(٦) «المنتقى» (٧/ ٤).

(٧) سقط من أ.

ولهم أن يرجعوا عليه بما أدوه عنه إن كان أجنبيًّا، وإن كان ذا قرابة منهم ممن يعتق عليهم لقرابته لم يرجعوا عليه بما أدوه عنه.

أشهب؛ لأن لكل عبد تحمل لغير سيده إلا أن يسقطوا حمالة بعضهم عن بعض فيجوز.

وقال ابن [ميسر][(١)]: ليس كما احتج؛ لأن لكل واحد نصف كلِّ عبد فإنما يقبض كل واحد عن نصفه نصف الكتابة فلم يقبض أحدهما عن غير ملكه شيئًا.

وظاهر كلام الشيخ: أن الحكم يقتضي الضمان وإن لم يشترط، وهو كذلك بخلاف وحمالة الديون، وصرح بذلك فيها[(٢)].

وقال ابن عبد السلام: هو المذهب، ولا أعلم فيه خلافًا فهو قصور لقول ابن رشد[(٣)]: في المسألة التاسعة من «نوازل سحنون»: ظاهر قول المغيرة أنهم لا يكونون حملاء بعضهم عن بعض إذا [كاتبوا][(٤)] كتابة واحدة إلا أن يشترطوا ذلك، وهو خلاف قولها وقول غيرها.

قوله: (ولهم أن يرجعوا عليه بما أدوا عنه إذا كان أجنبيًّا، وإن كان ذا قرابة ممن يعتق عليهم بقرابته لم يرجعوا عليه بشيء مما أدوه عنه).

ما ذكر الشيخ هو خلاف قولها: «فإن الزوجة لا يرجع عليها» وهو يصح ملكه لها، وإنما الذي ذكره قول ابن القاسم وعبد الملك وابن عبد الحكم خارجها.

وروى ابن القاسم عن مالك: أنه لا يتبع إخوته ولا كل ذي رحم منه .

قال ابن المواز: ثم سئل بعد ذلك فقال: كل من كانت لهم رحم يتوارثون بها فإنه لا يرجع بعضهم على بعض، [وإن كانوا أجنبيين رجع بعضهم على بعض][(٥)].

---

(١) في ب: منير.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٥٠٩).

(٣) «البيان» (١٥/ ٢٨٣).

(٤) في ب: كانوا.

(٥) سقط في ب.

وإذا مات واحد منهم لم يوضع عمن بقي منهم شيء لموته.

فصل: في توزيع الكتابة بين المكاتبين جماعة:

ولا بأس أن يعتق السيد كبيرًا منهم لا أداء فيه أو صغيرًا لا يبلغ السعي في الكتابة، ولا يجوز أن يعتق منهم من له قوة على السعي معهم إلاَّ بإذنهم. وقد قيل: ليس له عتقه وإن أذنوا له فيه وإن أعتقه بإذنهم على إحدى الروايتين سقط عنهم نصيبه من الكتابة ، والكتابة مقسطة بين المكاتبين على قدر قوتهم على السعي فيها، ولا تراعى في ذلك قيمتهم.

ثم سئل أيضًا فقال: أما الإخوة والولد فإنهم لا يرجع بعضهم على بعض، وأما الأباعد فنعم.

وقال أشهب: لا يرجع كل ذي رحم منه وإن كان ممن لا يعتق عليه [كالملك][1] ولا بينه وبينه ميراث لا خالته ولا عمته ولا أحد بينهم رحم وقد دار الفقه في هذا الفرع بين أصلين العتق على القريب وهبة الثواب فيرد إلى أي الأصلين هو أقوى به شبهًا[2].

قوله: (**وإن مات واحد منهم لم يوضع عمن بقي منهم شيء بموته،ولا بأس أن يعتق السيد كبيرًا منهم لا أداء فيه أو صغيرًا لا يبلغ السعي في الكتابة.**

ولا يجوز أن يعتق منهم من له قوة على السعي منهم إلا بإذنهم،وقد قيل: ليس له عتقه، وإن أذنوا له فيه، فإن أعتقه بإذنهم على إحدى الروايتين سقط عنهم قدر ما يصيبه من الكتابة).

ما ذكره هو المعروف.

وقال اللخمي: القياس أن يحط عنهم ما ينوبه؛ لأن كل واحد اشترى نفسه بما ينوبه من تلك الكتابة فمن مات في الرق وسقطت الحمالة عنه.

قوله: (**والكتابة مقسطة بين المكاتبين على قدر قوتهم على السعي فيها، ولا يراعي في ذلك قيمتهم**).

---

(١) زيادة من ب.

(٢) هذا كله كلام خليل في «التوضيح».

ولا تجوز الحمالة في الكتابة، ومن تحمل بذلك لم تلزمه حمالته.

فصل: تصرف المكاتب في ماله:

ويمنع المكاتب من: العتق، والصدقة، والهبة إلاّ بإذن سيده،

ما ذكر أنها توزع على قدر قوتهم على السعي، ويريد يوم عقد الكتابة كما صرح به فيها[١] هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة.

وفي «كتاب ابن المواز»: أنها تفضّ على اعتبار حالهم ذلك اليوم مع رجاء الحال التي يكونون عليها بعد ذلك من قوة وضعف.

وقال عبد الملك: تفض على عددهم.

قال: وكذلك إن استحق أحدهم وهم أربعة سقط عنهم ربع الكتابة، هذا ظاهر ما حكاه ابن يونس[٢] عنه، وحكاه عنه اللخمي: أنها تكون على قدر القوة على الأداء [أو][٣] قيمة الرقاب.

قوله: (**ولا تجوز الحمالة في الكتابة،ومن تحمل بذلك لم تلزمه الحمالة**).

ما ذكر من عدم الجواز هو قولها في «كتاب الحوالة»[٤]، وما ذكر من عدم اللزوم هو لازم قولها: ولا يجوز.

ووجه ذلك: أنها ليست بدين ثابت، وأما الحوالة بها على أصل دين فيجوز.

واختلف هل يشترط حلول الكتابة كالدين أم لا؟

على قولين لابن القاسم وغيره، وكلاهما فيها.

وَصَوَّب سحنون واللخمي وابن يونس[٥] الثاني.

قوله: (**ويمنع المكاتب من العتق والصدقة والهبة إلا بإذن سيده**).

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٨١).

(٢) «الجامع» (٣/ ٥٢٦).

(٣) في ب: و.

(٤) «التهذيب» (٤/ ١٣).

(٥) «الجامع» (٣/ ٥٢٨).

ويحتمل ألَّا يجوز ذلك له وإن أذن له سيده وليس للمكاتب أن يعجز نفسه، وقد قيل: له ذلك إذا لم يكن له مال ظاهر،......................

ويحتمل ألَّا يجوز له ذلك ، وإن أذن له فيه سيده.

ولا خصوصية لما ذكره من العتق، وما أعطف عليه .

وكذلك في قوله: «**ويحتمل**» قصور؛ إذ هو قول المغيرة فيها قال في «حمالتها»[1]: ولا يجوز له عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد .

وقال غيره: لا يجوز له وإن أذن له؛ لأنه داعيه إلى رقه، وحمله المغربي على الخلاف والأقرب ردهما لقول واحد فيحمل قول المغيرة على إتلاف المال الكثيره وقول ابن القاسم على اليسير .

وفيها[2] تجوز حمالة العبيد ووكالتهم في الخصومة بإذن السيد.

وأقام المغربي منها صحة وكالة الصبي؛ لأنه محجور عليه كالعبد، وارتضاه شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله ـ .

وأجبته: بأنها إقامة ضعيفة؛ لأن حجر الصبي ذاتي فالغالب عليه إتلاف ما يوكل عليه، وقد نهى ﷺ عن إضاعة المال بخلاف حجر العبد فإنما هو لحق السيد.

وقد يكون العبد في ذاته رشيدًا فالحق أن وكالة المحجور لا تجوز لما ذكر وهو نقل اللخمي ، وعليه العمل بتونس.

وظاهر كلام ابن رشد جوازه، وكذلك في «نوازل ابن الحاج».

قوله: (وليس للمكاتب أن يعجز نفسه وقد قيل: له ذلك إذا لم يكن له مال ظاهر).

يعني في القول الأول ولو رضي السيد بذلك وإنما يعجزه السلطان بعد التلوم وبه قال سحنون.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٣٥).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٣٦).

ولا يمنع المكاتب من البيع والشراء والإجارة والمضاربة ولا من كتابة عبده ولا أمته.

ولا يسافر المكاتب إلا بإذن سيده، ولا يتزوج إلا بإذنه،وليس لسيد المكاتب أن ينتزع شيئًا من ماله.

والثاني هو قولها، وعن مالك عكس الأول وهو: إن اتفقا على التعجيز لا يفتقر إلى السلطان وإن كان له مال ظاهر فالأقوال ثلاثة والتلوم يختلف بالكثرة والقلة فيمن يرجى له ومن لا.

ولا يتخرج قول بعدم التلوم فيمن لا يرجى له من الخلاف في العجز عن النفقة لوجهين:

أحدهما: حق الله هنا وحق الآدمي هنالك،وقد علمت أن حق الله تعالى آكد.

الثاني: أن المكاتب مظنة أن [لا][1] يرجى له؛ لأن الغالب كونه ممن يتصدق عليه ويوهب له بخلاف الحر فليس هو في مظنة ذلك، والله أعلم.

قوله: (**ولا يمنع المكاتب من البيع والشراء والمضاربة ولا من كتابة عبده ولا أمته**).

يريد: في [مكاتبته][2] عبده إذا كان على النظر وابتغاء الفضل.

قال فيها[3]: وكذلك قوله لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر، إنما يجوز على ابتغاء الفضل إلَّا أنه يتلوم للعبد في هذا بلا تنجيم ، ويشترط في هذا المال ألَّا يكون مملوكًا للعبد كالقن حين قول المكاتب له ذلك إذ لا [نظر][4] في ذلك للمكاتب.

قوله: (**ولا يسافر المكاتب إلا بإذن سيده وليس لسيد المكاتب أن ينزع شيئًا من ماله**).

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: مكاتبة.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٥٥٣).

(٤) في ب: نظير.

فصل: في تعجيل الكتابة:

وللمكاتب أن يعجل كتابته، وليس للسيد أن يمتنع من قبض كتابته منه.

ولا بأس أن يُعجل المكاتب بعض كتابته، وأن يضع السيد عنه بعضها، ولا بأس أن يضع بعضًا ويؤخر بعضًا، وذلك بخلاف الديون الثابتة.

فصل: في ولاء المكاتب:

وولاء المكاتب بعد أدائه لسيده وللذكور من ولده بعد موته، ولا يرث النساء شيئًا من الولاء.

يريد: إلا في السفر القريب لتصريحها بذلك.

وعن مالك: يمنع مطلقًا على ظاهر كلام الشيخ.

وللخمي قول ثالث فصّل فيه حذفته لطوله.

وتخصيص الشيخ النكاح يقتضي جواز التسري له وإن لم يأذن له.

قالوا: لأنه لا ضرر عليه في ماله بسبب ذلك بخلاف النكاح.

قوله: (**وللمكاتب أن يعجل كتابته وليس لسيده أن يمتنع من قبضها منه.**

ولا بأس أن يعجل المكاتب بغض كتابته وأن يضع سيده عنه بعضها.

ولا بأس أن يضع بعضًا ويؤخر بعضًا، وذلك بخلاف الديون الثابتة.

وولاء المكاتب بعد أدائه لسيده وللذكور من ولده بعد موته، ولا يرث النساء شيئًا من الولاء).

ظاهر كلامه: وإن كان ما على المكاتب له حمل ومؤنة، وهو كذلك عند مالك، وغيره خلافًا للشافعي في قوله: «لا يلزمه قبول ماله حمل ومؤنة إلا أن يكون في بلد الكتابة .

قال فيها[1]: ولو كان سيده غائبًا، فإن القاضي [يقبضه][2] منه ويخرج حرًّا.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٤٦٩)، و«التهذيب» (٢/ ٥٦١).

(٢) في ب: «يقتضيه».

ومن وضع عن مكاتبه في وصيته جعل في ثلثه الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته، فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله، وإن خرج بعضه عتق منه بقدر ما حمله ثلث سيده، وإن وضع عنه بعض كتابته، ولم يحمل ذلك ثلث سيده جعل في ثلثه الأقل مما أوصى له به وما قابله من رقبته، ثم عتق من رقبته بقدر ما أخرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته، وكان ما بقي مكاتبًا بما بقي من كتابته، فإن أداه عتق، وإن عجز عنه رق باقيه ولا يرق ما كان عتق منه.

قوله: (ومن وضع عن مكاتبه كتابته في وصيته جعل في ثلثه الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله، وإن خرج بعضه عتق منه بقدر ما حمله ثلث سيده، فإن وضع عنه بعض كتابته ولم يحمل ذلك ثلث سيده جعل في ثلثه الأقل مما أوصى له به أو ما قبله من رقبته، ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته وكان ما بقي مكاتبًا بما بقي من كتابته فإن أداه عتق كله وإن عجز عنه رقّ باقيه ولم يرقّ ما كان عتق منه).

وفيها[1]: قال ابن القاسم: وإن كاتبه في صحته وأقر في مرضه بقبض الكتابة منه جاز ذلك، ولم يتهم إن ترك ولدًا، وإن كان ورثته كلالة والثلث لا يحمله لم يصدق إلا ببينة، وإن حمله الثلث صدق؛ لأنه لو أعتقه جاز عتقه.

وقال غيره: إذا اتهم بالميل معه والمحاباة لم يجز إقراره حمله الثلث أم لا؟

ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث، وقاله ابن القاسم أيضًا غير ما مرة.

وإن كاتبه في مرضه وأقر ببعض الكتابة في مرضه فإن حمله الثلث عتق كان وارثه ولدًا أو كلالة كمبتدئ عتقه، وإن لم يحمله [جبر][2] ورثته فإما أمضوا كتابته وإلا عتق محمل الثلث منه.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٨٢).

(٢) في ب: الثلث خير.

فصل: في حال المكاتب قبل أداء كتابته:

وحال المكاتب قبل أداء كتابته حال العبد في جراحه، وحدوده، وطلاقه وشهادته وقذفه، وفي سقوط القصاص عن قاتله من الأحرار، ووجوب قيمته لسيده على من قتله، وإذا جنى على المكاتب جناية لها أرش أخذ أرشها، فوقف بيدي عدل، فإن أدى كتابته أخذ أرش جنايته، وإن عجز عنها استعان بذلك في باقي كتابته، ....

وقال غيره: يوقف للخدمة؛ لأن الكتابة عتاقة من الثلث، وليست من ناحية البيع؛ لأن ما يؤدي المكاتب إنما هو من جنس الغلة[1].

قوله: (وحال المكاتب قبل أداء كتابته حال العبد في جراحه وحدوده وطلاقه وشهادته وقدفه وفي سقوط القصاص عن قاتله من الأحرار، ووجوب قيمته لسيده على من قتله).

دليله قوله عليه السلام: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[2].

وظاهر الحديث: أنه يقوم إذا قتل على أنه عبد وهو ظاهر كلام الشيخ ، وهو مذهبها عند غير واحد؛ لأن الكتابة بطلت بقتله بخلاف الجناية عليه بما دون النفس فإنه يلزم فيه الأرش على أنه مكاتب؛ لأن حكم الكتابة باق لم يبطل لبقاء ذاته.

وروي عن مالك: أنه يقوم عليه أنه مكاتب وهي الحالة التي قتله عليها.

قوله: (وإذا جني على المكاتب جناية لها أرش أخذ أرشها فوقف بيد عدل فإن أدى كتابته أخذ أرش جنايته، وإن عجز عنها استعان بذلك في باقي كتابته).

ما ذكر من وقفه بيد عدل خلاف قول «جنايتها»[3]: قال مالك: لا خلاف عندنا أن ما جني على المكاتب كجناية عبد، فإن ذلك يتعجله السيد ويحسب عليه من آخر النجوم [بحجته][4] أن يعجز العبد فيرجع إليه معيبًا.

---

(١) انظر: «المدونة» (٢/ ٤٩٨)، و«التهذيب» (٢/ ٥٨٣).

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥٤٠).

(٤) في ب: فحجته.

وإن جنى جناية على غيره فإن أدى أرشها ثبت على كتابته، وإن عجز عن ذلك فقد عجز عن كتابته، ويخير السيد في افتكاكه بأرش جنايته وفي إسلامه إلى المجني عليه ليكون رقيقًا له.

قوله: (وإذا جنى جناية على غيره فإن أدى أرشها ثبت على كتابته،وإن عجز عن ذلك فقد عجز عن كتابته ويخير السيد في افتكاكه إن هو جنى بأرش جنايته وفي إسلامه إلى المجني عليه ليكون رقيقًا له).

ظاهر قوله: «على غيره» ولو جنى على سيده وهو كذلك؛ لأنه أحرز نفسه وماله فيلزمه الأرش، ولا يجب إسلامه فيها، ولا يختلف في ذلك كما اختلف في جناية المدبر على سيده.

قال بعض الشيوخ: وحيث يَفْتَكّه السيد بأرش جنايته فإن قصد على أن [لا][1] يرجع بما أدى بقي على حاله مكاتبًا؛ لأن الجناية سقطت، وإن أداها [على أن يتبعه][2] بها فعلى مذهب من [رأى][3] أنه يجبر عبده على الكتابة يجوز ذلك، ويكون ككتابة مبتدأة من السيد.

وعلى مذهب من لا يجبره عليها يرجع العبد له رقًّا، وإن لم يقم المجني عليه حتى [أدى][4] الكتابة ولم يبق في يده ما يوفي بالجناية عجز أيضًا، وخُيِّرَ سيده بين أن يفديه أو يسلمه.

قال ابن القاسم: ويسلم معه ما أخذ من النجوم بعد الجناية.

وقال اللخمي: إذا كان الذي أخذ منه من غير خراجه أسلمه معه.

واختلف إذا كان من خراجه هل يسلم معه أم لا؟

فمن قال: إنه مملوك للمجني عليه يوم جنى أسلمه وخراجه.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: على من يتبعه.

(٣) في أ: نوى.

(٤) في ب: أداء.

فصل: في المكاتب مع عبيد عدة إذا جنى جناية:

وإذا كاتب الرجل عبيدًا له عدة كتابة واحدة، فجنى واحد منهم جناية فإن أمكنه أداء أرشها ثبت على كتابته مع أصحابه، وإن عجز عنها قيل لأصحابه: أدوا ذلك عنه وابتاعوا به، فإن عجزوا عن ذلك بطلت كتابتهم كلهم وخُير السيد في افتكاك الجاني وحده، وفي إسلامه إلى المجني عليه.

فصل: في حكم ولد الأمة المكاتبة وحملها:

ومن كاتب أمة له، فولدها من زوجها بعد كتابتها بمنزلتها مكاتب يعتق بعتقها ويرق برقها ومن كاتب أمة له حاملاً، فحملها داخل في كتابتها.

ومن قال: إنه غير مملوك إلى يوم تسليمه، أسلمه بغير خراج.

قوله: (وإذا كاتب الرجل عبيدًا له عدة فجنى واحد منهم جناية، فإن أمكنه أداء أرشها ثبت على كتابته مع أصحابه، وإن عجز عنها قيل لأصحابه: أدوا ذلك عنه وأتبعوه به، فإن عجزوا عن ذلك بطلت كتابتهم كلهم وخيرّ السيد في افتكاك الجاني وحده، وفي إسلامه للمجني عليه).

يريد إلا أن يكون ممن يعتق عليهم [فلا][1] فيرجعون عليه كأدائهم عنه الكتابة وتصريحها بذلك.

قوله: (ومن كاتب أمة له فولدها من زوجها بعد كتابتها بمنزلتها مكاتب يعتق بعتقها ويرق برقها.

ومن كاتب أمة له حاملًا فحملها داخل في كتابتها).

قال فيها[2]: ومن كاتب عبده ثم كاتب زوجة العبد كتابة على حدة فما حدث بينهما من ولد كان في كتابة الأم يعتق بعتقها لا بعتق الأب ونفقته عليها.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٥٨٩).

فصل: في وطء الأمة المكاتبة:

ولا يجوز للرجل وطء مكاتبته قبل عجزها، فإن عجزت جاز له وطؤها.

فإن وطئها قبل عجزها فلا حد عليه،وإن لم تحمل فهي على كتابتها، وإن حملت فهي بالخيار، إن شاءت فسخت كتابتها، وكانت أم ولد لسيدها، وإن شاءت أدت كتابتها، فعتقت بأدائها، وإن عجزت لم ترق بعجزها وكان حكمها بعد العجز حكم أم الولد، تعتق بموت سيدها.

قوله: (ولا يجوز للرجل أن يطأ مكاتبته قبل عجزها، وإذا عجزت جاز له وطؤها).

ظاهره: ولو اشترط وطأها.

وقال ابن المسيب وابن حنبل وداود: يجوز له وطؤها بمقتضى الشرط .

وعلى مذهبها فالشرط ساقط والكتابة صحيحة، قاله فيها.

وروى أشهب: بفسخ الكتابة إلا أن يرضى السيد بطرح الشرط.

قوله: (فإن وطئها فلا حد عليه، وإن لم تحمل فهي على كتابتها، وإن حملت فهي بالخيار إن شاءت فسخت كتابتها وكانت أم ولد لسيدها، وإن شاءت أدت كتابتها وعتقت بأدائها.

فإن عجزت لم ترق بعجزها، وكان حكمها بعد العجز حكم أم الولد تعتق بموت السيد).

ما ذكر من نفي الحد هو كذلك.

وقال الحسن والزهري: يحدّ.

وقال الأوزاعي: يجلد مائة بكرًا كان أو ثيبًا، وتجلد الأمة خمسين.

إلى غير ذلك من الأقوال.

وظاهر قول الشيخ: «**لا حد عليه**»: طاوعته أو أكرهها، وهو كذلك، صرح بذلك

فصل: في مكاتبة أم الولد:

ولا تجوز مكاتبة أم الولد، ومن كاتب أم ولده فسخت كتابتها إن أدركت قبل أدائها وقبل فوتها، وإن فاتت كتابتها بأدائها عتقت، ولم ترجع على السيد بما أدته إليه.

فيها[1] قائلًا: ويعاقب إلا أن [يعذر بجهل][2]، ولا صداق لها ولا ما نقصها إن طاوعته، وإن أكرهها فعليه ما نقصها.

وظاهر قول الشيخ: «إذا حملت» أن لها أن تعجز نفسها، وإن كانت قوية على الأداء ولها المال الكثير، وهو كذلك عند سحنون، ولم يرتضه اللخمي؛ لأنها تبقى في الرق مع قدرتها على الخروج منه لوجود سببه.

وقد تموت في حياة سيدها فيفوت العتق جملة.

وحيث تختار البقاء على الكتابة فهل لها نفقة لأجل الحمل الذي من سيدها؟ في ذلك قولان:

أحدهما: وجوب ذلك لها، قاله سحنون وابن حبيب، وحكاه عن أصحاب مالك، وقياسًا على المبتوتة الحامل.

وقال أصبغ: لا نفقة لها؛ لأنها اختارت حكم الكتابة ونفقة المكاتبة عليها.

قوله: (ولا تجوز مكاتبة أم الولد).

قال فيها[3]: «وإنما يجوز أن يعتقها على مال يتعجله منها، وأما على دين يبقى عليها فيشترط فيه رضاها».

قوله: (**ومن كاتب أم ولده فسخت كتابتها إن أدركت قبل فوتها فإن فاتت كتابتها بأدائها عتقت ولم ترجع على سيدها بما أدت إليه**).

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٦٦).

(٢) في الأصل: يجهل، والمثبت نص «التهذيب».

(٣) «المدونة» (٢/ ٥٣٩)، و«التهذيب» (٢/ ٦٠٠).

فصل: في مكاتبة المدبرة:

ولا بأس أن يكاتب الرجل مدبرته فإن أدت كتابتها قبل موت سيدها عتقت بأدائها، وإن مات السيد قبل أدائها وله مال تخرج من ثلثه عتقت وسقطت الكتابة عنها.

وإن لم يكن له مال غيرها عتق ثلثها وسقط عنها ثلث الكتابة وبقي ثلثاها مكاتبًا وثلثا كتابتها إذا أدت ذلك عتق باقيها، وإن عجزت عنه رق ثلثاها وليس للورثة أن يستسعوها في باقي رقها.

تم كتاب المكاتب.

❁ ❁ ❁

زاد فيها في «كتاب أمهات الأولاد»[1]: إذا كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض.

قوله: **(ولا بأس أن يكاتب الرجل مدبرته فإن أدت كتابتها قبل موت سيدها عتقت بأدائها، وإن مات السيد قبل أدائها وله مال تخرج من ثلثه عتقت وسقطت الكتابة عنها، وإن لم يكن له مال غيرها عتق منها ثلثها وسقط عنها ثلث الكتابة وبقي ثلثاه مكاتبًا بثلثي كتابتها، فإن أدت ذلك عتق باقيها، وإن عجزت عنه رق ثلثاها، وليس للورثة أن يستسعوها في باقي رقها)**.

عَبَّرَ فيها في «كتاب المدبر» بـ «لا بأس» كالشيخ، وذلك يدل على أنها لصريح الإباحة أو لما هو أَوْلَى، من غيره وهو الأقرب.

ويريد أنه يقوم بماله كما صرح به فيها.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٦٠٠، ٦٠١).

كتاب الأولاد

باب : في أمهات الأولاد

فصل: في منع البيع والهبة والإجارة لأمهات الأولاد:

قال مالك - يرحمه الله: ولا يجوز بيع أمهات الأولاد في الحياة ولا بعد الوفاة، ولا تجوز هبتهن ولا تجارتهن، ولسادتهن الاستمتاع بهن ....

كتاب الأولاد(١)

باب : في أمهات الأولاد

قوله: (كتاب أمهات الأولاد).

جرت العادة بترجمة هذا الكتاب على نحو ما ذكر الشيخ.

قال ابن عبد السلام: ولعل سبب ذلك تنويع المولود الذي تحصل به الحرية للأم فقد يكون تأَّم الخلقة، وقد لا يكون كذلك، إما لكونه مضغة أو علقة، أو مصورًا.

قوله: (**قال مالك - يرحمه الله: ولا يجوز بيع أمهات الأولاد في الحياة ولا بعد الوفاة، ولا تجوز هبتهن ولا إجارتهن**).

ما ذكر من أن بيعها لا يجوز هو مذهبنا باتفاق، بل زعم غير واحد الإجماع على ذلك، ومنع بعضهم ثبوته، وكذلك بيعها حاملًا من سيدها، حكى البراذعي الحنفي الخراساني في احتجاجه على داود الظاهري الإجماع على منع بيعها.

وقدح فيه بعض الشيوخ التونسيين بناء على قول من يجيز بيع الحامل،واستثناء جنينها.

قال ابن عبد السلام: وهو الأقرب، وإنما الإجماع على [منع](٢) منع بيعها مع حملها.

---

(١) في النسخة ب: تقديم كتاب الأولاد على «كتاب» العتق والمدبر والمكاتب .

(٢) سقط من ب.

ومن باع أم ولده فسخ بيعه ورد الثمن على المبتاع، ولو أعتقها متاعها رُدَّ عتقه.

وإن ماتت عند متاعها لا يضمن ثمنها، ولا قيمتها، ومن أجر ولده فسخت إجارته، فإن لم تفسخ حتى انقضت لم يرجع المستأجر بشيء على سيدها.

قوله: (ومن باع أم ولد له فسخ بيعه وردّ الثمن على المبتاع،ولو أعتقها مبتاعها رد عتقه).

ما ذكره هو المعلوم في المذهب.

وقال بعض شيوخنا[١]: أخبرني بعض من لقيت من الثقات الحفاظ. يريد به أبا عبد الله محمد السطي. أنه وقف على حاشية في رسالة الشيخ أبي محمد بن أبي زيد بخط من يعتد به إمضاء بيعها[٢] عن علي بن زياد.

وعلى الأول بالفسخ فإنه يتحفظ منه عليها لئلا يعود إلى بيعها ولا يمكن من السفر بها.

فإن خيف عليها وتعذر التحفظ عتقت عليه كقول مالك: فمن باع زوجته أنه لا يكون بيعها طلاقًا تطلق عليه إن خيف عوده لذلك.

وما ذكره من رد عتق المبتاع لها مثله فيها.

قوله: (وإن ماتت عند مبتاعها لم يضمن ثمنها ولا قيمتها).

يعني: لم يضمن المشتري له ثمنها ولا قيمتها، ويرد البائع الثمن له بخلاف البيع الفاسد.

قال فيها[٣]: فإن لم يعلم [للمبتاع][٤] موضع كان على البائع طلبه حتى يرد إليه الثمن.

قوله: (ومن أجّر أم ولده فسخت إجارته، فإن لم تفسخ حتى انقضت المدة لم يرجع المستأجر على السيد بشيء).

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (١٦/ ٨٠).

(٢) في ب: بيعه.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٦٠١).

(٤) في أ: المبتاع.

فصل: في الامة يطؤها سيدها وحكم ولدها منه:

إذا أقر الرجل بوطء أمته صارت فراشًا له، ولحق به ولدها، إذا قامت لها بينة على ولادتها، ....

ما ذكره من عدم رجوع المستأجر بشيء لم أعزه في «شرح الرسالة» [الشيء][1] إلا للخمي كابن عبد السلام وهو قصور، ووجهه مراعاة الخلاف السابق في أن له فيها الخدمة.

قوله: (**وإذا أقر الرجل بوطء أمته صارت فراشًا له ولحق به ولدها إذا قامت لها بينة على ولادتها**).

يريد ـ إلا أن يقول: كنت أطأ ولا أنزل، فإنه لا يلزمه الولد حسب ما نص عليه ابن القاسم.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لا ينفعه دعواه العزل وهو كذلك؛ لأن الماء قد يغلبه ولو اليسير منه.

قال اللخمي: إلا أن يكون العزل البَيِّن، وأما الوطء [قِبَل الفخذين][2] مع الإنزال ففي ذلك قولان:

فقيل: كالأول.

وقيل: لا يلحق به؛ لأن الماء إذا باشر الهواء فسد.

وكلاهما ذكره اللخمي، واختار الأول؛ لأن ما ذكره مظنون فلا يسقط النسب بمثله.

واستبعد الباجي[3] **الأول**؛ لأنه لو صح أن يكون من الوطء بين الفخذين ولد [لما][4] لزم إن ظهر بها حمل حد.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: في الدبر وبين الفخذين.

(٣) «المنتقى» (٦/ ١٩).

(٤) سقط من ب.

وكل ما وضعته الأمة من سيدها من علقة أو مضغة أو ما فوق ذلك فهي به أم ولد،وللسيد أن يستمتع بأم ولده حياته، فإذا مات عتقت من رأس ماله، وإن كان عليه دين لم تبع في دينه ، ومن كان عليه دين محيط بماله فوطئ أمة له، فحملت، صارت أم ولد له، ولم تبع في دينه.

قال اللخمي: فلو كان الإنزال بين شِفْرَي الفرج لحق الولد قولًا واحدًا.

قوله: (وكل ما وضعته [الأمة من سيدها](١)من علقة أو مضغة أو ما فوق ذلك فهي به أم ولد، وللسيد أن يستمتع بأم ولده حياته، فإذا مات عتقت من رأس ماله).

ظاهره أن الدم المجتمع لا أثر له وهو قول أشهب.

وقال ابن القاسم فيها في «كتاب الديات»: إنه معتبر ذكر ذلك في آخره في الكلام على الغرة.

قال شيخنا أبو مهدي - أيده الله تعالى وأعزه: وأسقطه البراذعي وهو مما يتعقب عليه به.

وأجبته :بأنه لا يتعقب عليه لكونه ذكره في «كتاب الاستبراء» فحذفه لتكرره وأنكر أن يكون في استبرائها [فأثبته](٢) بعض حفاظ أصحابنا [كما ذكرته فسلمه](٣).

وعكس عياض في «إكماله» فعزا لكل واحد من ابن القاسم وأشهب ما للآخر، ولم يزل أشياخنا بأجمعهم ينبهون عليه كما نبه عليه ابن عبد السلام في العدد فاعلمه.

قوله: (وإن كان عليه دين لم تبع في دينه).

إنما لم تبع في دينه؛ لأن الغرماء عاملوه على هذا فهو كتزويجه ونفقته على عياله.

قوله: (ومن كان عليه دين يحيط بماله فوطئ أمة له فحملت، صارت أم ولد له ولم تبع في دينه).

ظاهره : وإن كان الدين سابقًا وهو كذلك كما سيقوله نصًا.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: فأنست.

(٣) في أ: فسلمت.

فصل: في مال أم الولد:

وإذا أعتقت أم الولد بعد وفاة سيدها تبعها مالها، ولا بأس أن يوصي الرجل لأم ولده، وللرجل أن ينتزع مال أم ولده في حياته، ما لم يمرض مرضًا مخوفًا.

واختلف هل له فيها خدمة أم لا؟

فقال عبد الوهاب: عليها الخدمة الخفيفة فقط.

وقال ابن القاسم: ليس له أن يعنفها في الخدمة وإن كانت دنيئة، ويبتذل الدنيئة في الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرفيعة، وحمل على خلاف ما فوقه ولا يبعد حمله على الوفاق.

وقال أبو حنيفة: له فيها الخدمة.

قال الباجي[(١)]: وهو الأظهر عندي؛ لأنها باقية على حكم الملك، وإنما منع أن يملكها غيره قياسًا على استخدامه ولدها؛ لأن حرمتها واحدة ؛ إذ كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الحرية، فتحصل في ذلك ثلاثة أقوال.

قوله: (**وإذا عتقت أم الولد بعد وفاة سيدها تبعها مالها**).

لا خصوصية لأم الولد في ذلك، بل كل معتق يتبعه ماله اتفاقًا، وعكسه في البيع إلا بشرط .

واختلف في الهبة والصدقة :

فقيل: تتبعه.

وقيل: لا.

قوله: (**ولا بأس أن يوصي الرجل لأم ولده**).

لأنها غير وارثة فالوصية لها جائزة .

قوله: (**وللرجل أن [ينتزع]**[(٢)] **مال أم ولده في حياته ما لم يمرض مرضًا مخوفًا**).

إنما لم يكن له انتزاعه في مرضه [لمشارفة][(٣)] أم الولد الحرية، وعلى هذا فسواء كان

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٣).

(٢) في ب: ينزع.

(٣) في أ : مساومة.

....

على السيد دين أم لا؟

[**فإن قلت**][1]: ظاهر قولها في «كتاب التفليس» إنما لم يكن له انتزاعه في مرضه؛ لأنه ينتزعه للورثة، وأنه لو كان عليه دين فإنه ينتزعه في مرضه .

ونصها[2]: وأما إن مرض ولا دين عليه، فليس له انتزاعه لأنه إنما ينتزعه لورثته.

فظاهره : لو كان عليه دين فإنه ينتزعه في مرضه.

قلت: ما ذكرتموه من ظاهرها ظاهر ولكن المفهوم معطل؛ لأنه نص فيها بعد على تعطيله وتعليلها ضعيف، وإنما العلة الصحيحة ما ذكرناه، ويدلك على هذا قولها بإثر ما ذكر وله انتزاع مال عبده المعتق إلى سنين ما لم يتقارب الأجل قيل له فإن بقيت سنة؟

قال: أرى أن يأخذ ماله ما لم يتقارب ولم ير السنة قريبًا، وقاله المغربي.

وأقام شيخنا حفظه الله تعالى منها أن الولد إذا قارب الختمة فليس لوالده أن يرحله من الكتَّاب بخلاف إذا بعد ، والقرب والبعد بالنسبة إلى ما بين الختمتين لا القرآن كله للعرف.

وما قاله سحنون إنما هو محمول على عرفه، فليس باختلاف.

وأخذ منها المغربي: أن مرض الأب يمنع من [اعتصار][3] ما وهب لابنه، وهو قول ابن القاسم في «الواضحة»، واختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا كما هي في «الأم»؛ لأن قولها: «ولم ير السنة قريبًا» يحتمل أن ما كان أقل منها قريبًا وليس بيسير، ويحتمل [أن ما قرب منها حكمه حكمها][4]، والله أعلم.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٦٤٤).

(٣) في أ: اغتفار.

(٤) في ب: إنما قارب حكمه كحكمها.

فصل: في نكاح أم الولد وحكم ولدها:

وليس للرجل أن يجبر أم ولده على نكاح.

وقد كره له أن يزوجها برضاها، وولد أم الولد من غير سيدها بمنزلتها يعتقون بوفاة سيدها، فإن ماتت هي قبلهم وقبل وفاة سيدها وقفوا حتى يموت سيد أمهم، ولسيد أمهم أن يؤاجرهم.

قوله: (وليس للرجل أن يجبر أم ولده على النكاح).

ما ذكره هو أحد قولي مالك، وعنه: له جبرها عليه .

ولا خصوصية للخلاف في هذه المسألة بل الخلاف في كل من فيه عقد حرية كالمكاتبة والمدبرة وفي الجميع خمسة أقوال هذان قولان وهما: الجبر، وعدمه.

والثالث: يجبر الذكور دون الإناث.

والرابع: يجبر من له انتزاع ماله دون من ليس له ذلك فيه، قاله ابن المواز، حكاه عبد الحق في «تهذيب الطالب» وابن يونس.

قال خليل: وبه يضعف اعتراض بعض الشيوخ على اللخمي في نقله لهذا القول.

والخامس: يجبر من حل له وطؤها فقط. قاله مالك. أيضًا حكاه ابن رشد.

وأما من بعضه حُرٌّ فإنه لا يجبر كما يقوله الشيخ بعد هذا، رواه محمد، وهو متفق عليه، وما زال شيخنا -حفظه الله تعالى- ينبه على هذا لئلا يعتقد أنه مذكور في الخلاف السابق [أو][1] يدخله الخلاف.

قوله: (وقد كره له أن يزوجها برضاها، وولد أم الولد من زوجها بمنزلتها يعتقون بوفاة [سيده][2]، فإن ماتت هي قبلهم وقبل وفاة سيدها وقف ولدها من زوجها حتى يموت سيد أمهم، ولسيد أمهم أن يؤاجرهم).

قال فيها[3]: وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده، فإن فعل لم يفسخ.

---

(١) في ب: و.

(٢) في ب: سيدها.

(٣) «التهذيب» (٢/ ١٥٨).

فصل: في قتل أم الولد وجراحها وجنايتها:

وإذا قتلت أم الولد فقيمتها لسيدها، وإن جرحت فأرش جراحها لسيدها.

فقال فضل: الكراهة على الجبر، ولو كان برضاها جاز.

قال عياض[(١)]: وعليه يدل قولها في «إرخاء الستور»[(٢)]: «وإلا أرى أن يفسخ إلا أن يكون في ذلك ضررٌ ولو كان برضاها لم يراع الضرر».

قلت: وهو ظاهر [قول][(٣)] الشيخ؛ لقوله: «بغير رضاها».

وتأولها الأكثر كما قال أبو محمد بن أبي زيد على أنه برضاها لكنه ليس من مكارم الأخلاق.

قوله: (وإذا قتلت أم الولد فقيمتها لسيدها، وإن جرحت فأرش جراحها لسيدها).

يقوم من كلام الشيخ أن من استهلك لحم [أضحيته][(٤)] فإنه يغرم قيمته، وكذلك من استهلك جلد ميتة، أو زرع قبل بدو صلاحه، أو قتل مدبرًا، وهو كذلك في الجميع، وسيأتي النص بذلك في المدبر.

وفي «ضحاياها» مثل هذا فيمن قتل كلبًا مأذونًا في اتخاذه فعليه قيمته، وأما غير المأذون فلا.

ونقل الفاكهاني عن سحنون: أن من قتل المأذون فيه فلا قيمة عليه [للشافعي][(٥)]، ولا أعرفه، وليس هو أصله، إذ هو قال بجواز بيعه ويحج بثمنه .

وبجواز بيعه قال ابن كنانة وابن نافع.

---

(١) «التنبيهات» (٢/ ٥٧٧).

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٥١).

(٣) في ب: كلام.

(٤) في ب: أضحية.

(٥) في ب: كالشافعي.

وإن جنت جناية فهي على سيدها وهو مخير في افتدائها بقيمتها أو أرش جنايتها، وكل جناية تجنيها، فهذا حكمها.

وأما إن جنى عليها جناية ولم يقبض السيد أرشها حتى مات فأرش جنايتها لورثة سيدها، وقد قيل: إن ذلك يتبعها بمنزلة مالها.

قال المازري: في [«العتبية»][1]: وهو المشهور عن مالك.

وما ذكر الشيخ هو أحد القولين.

وقيل: لا قيمة، له نقله ابن يونس في «كتاب الغصب» قال في أم الولد: إذا غصبت فماتت .

قيل: لا ضمان عليه كالحرة.

وقيل: هي كالأمة.

قال شيخنا أبو مهدي- أيده الله وأعزه: ولا يتخرج القول الأول فيما سبق من لحم الأضحية وما بعده ؛ لأنه لم يبق له في أم الولد إلا المتعة وغيرها إذا أتلف إنما أتلف أمر مالي ولذلك قال: كالحرة.

قلت: وكلام شيخنا هذا يدل أن ما تقدم عن سحنون يتخرج في المدبر ولا يتخرج فيما قبله.

قوله: (**وإن جنت هي جناية فهي على سيدها وهو مخير في افتدائها بقيمتها،أو أرش جنايتها وكل جناية تجنيها فهذا حكمها.**

وإذا جنى عليها جناية ، فلم يقبض السيد أرشها حتى مات فأرش جنايتها لورثة سيدها وقد قيل: إن ذلك يتبعها بمنزلة مالها).

ما ذكره هو قول مالك فيها بلفظ: « أحسن ما سمعت»، وأحد الأقوال الثلاثة.

وقال ابن عبد الحكم: لا شيء على سيدها وذلك في ذمتها.

وقال ابن الجهم: السيد بالخيار إن شاء افتك بالجناية أوأسلم ما بقي له فيها من الخدمة فيستخدمها أو يؤاجرها ولا يلحقه من جنايتها أكثر مما يملك منها، فإن وفت

---

(١) في ب: التعليقة.

فصل: في عدة أم الولد:

وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة، فإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر، وإن كانت مرتابة، أو مستحاضة فتسعة أشهر، وإن كانت حاملاً، فوضع حملها. وعدتها من طلاق زوجها حيضتان، ومن وفاته شهران وخمس ليال.

فصل: في حكم أم الولد في حياة سيدها:

وحكمها في حياة سيدها في جميع أحوالها حكم العبيد، لا ترث ولا تورث بالنسب ولا بالسبب، ولا تقبل شهادتها، ولا يحد لها قاذفها، وحدودها حدود العبيد.

رجعت إلى سيدها، وإن [لم توفّ][1] حتى مات أعتقت وأتبعت بالباقي في ذمتها.

وإذا فرعنا على ما قال الشيخ وهو المشهور:

فقيل: يعتبر القيمة وقت الحكم. قاله فيها.

وقيل: يوم الجناية، قاله المغيرة، وإذا تعددت الجنايات وقام أهلها في وقت واحد أسلمت القيمة إليهم وتحاصوا فيها على قدر رؤوس تلك الجنايات.

وقيل: إن كانت قيمتها مثل أقل الجنايات تحاصوا على السواء.

قوله: **(وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة،فإن كانت ممن لا تحيض فثلاث أشهر، فإن كانت مرتابة أو مستحاضة فتسعة أشهر،وإن كانت حاملًا فوضع حملها.**

وعدتها من طلاق زوجها حيضتان، ومن وفاته شهران وخمس ليال، وحكمها في حياة سيدها حكم العبيد [في جميع أحوالها][2] لا ترث ولا تورث بالسبب و[لا][3] النسب، ولا تقبل شهادتها ولا يحد [لها][4] قاذفها، وحدودها حدود العبيد).

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) زيادة من ب.

❁ ❁ ❁

لا خصوصية لما ذكر من وفاة سيدها، بل وكذلك عتقه إياها، كما صرح به فيها مالك قائلًا: ولو مات السيد وهي في أول دم حيضتها أو غاب عنها فحاضت بعده حيضًا كثيرًا ثم مات في غيبته فلا بد من استئناف حيضة بعد موته؛ لأنها عدة بخلاف استبراء الملك، ولقوة الاختلاف فيها قد قال بعض العلماء: عليها أربعة أشهر وعشرًا.

وقال بعضهم: ثلاث حيض.

قال عبد الوهاب: والذي قال «أربعة أشهر وعشرًا» عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب، والذي قال: «ثلاث حيض» أبو حنيفة.



كتاب النكاح

كتاب النكاح

قال ابن بشير(١): النكاح على [البضع](٢) بعوض.

واعترضه بعض شيوخنا(٣): بأنه غير مانع لدخول بعض صور الزنا .

وإن أراد صحته فيعترض أيضًا بدخول نكاح المتعة وما عقد بغير ولي، وكثير من صور فاسدة.

و**قال ابن عبد السلام**: ترك ابن الحاجب(٤) تعريفه اكتفاء بذكر أركانه: الصيغة والولي، والزوج، والزوجة، والصداق؛ إذ لا معنى للحد إلا بذكر مجموع الأجزاء.

واعترضه شيخنا أيضًا(٥): بأن ما ذكره أركانه الحسية لامتناع حملها عليه لا المحمولة، والكافر بعد أن يسلم [له](٦) عدم اعتبار الهيئة الاجتماعية في التعقل الثانية لا الأولى.

قال(٧): فَحَدُّه الجامع المانع: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر.

وهو مندوب إليه من حيث الجملة، ويعرض له الوجوب والتحريم والكراهة والإباحة(٨).

---

(١) «التنبيه» (٢/ ١-أ).

(٢) في أ: العضو.

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٩).

(٤) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٥).

(٥) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٩).

(٦) سقط من أ.

(٧) يعني : ابن عرفة.

(٨) انظر : «مختصر ابن عرفة » (٥/ ٩).

باب في إنكاح البكر والثيب

فصل: في إنكاح البكر:

قال مالك يرحمه الله: ويجوز عقد الأب على ابنته الصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا. ويجوز عقده على البكر البالغ بغير إذنها، والاختيار أن يستأذنها قبل العقد عليها.

باب في إنكاح البكر والثيب

قوله: (قال مالك رحمه الله: ويجوز عقد الأب على ابنته الصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا).

يريد: ويجبرها على النكاح.

وظاهره: وإن كانت البكر صغيرة جدًّا، وهو كذلك باتفاق.

وما ذكره في الثيب هو أحد القولين، **وقيل:** [إنه][1] لا يجبرها.

قوله: (ويجوز عقده على البكر البالغ بغير إذنها والاختيار أن يستأذنها قبل العقد عليها).

ما ذكره هو المشهور. ومال اللخمي فيها[2] إلى الأخذ بحديث مسلم: «**البكر يستأذنها أبوها**»[3]، ونحوه لابن الهندي.

وأفتى السيوري بالتصريح بعدم جبرها.

وعلى الأول فاختلف هل يستحب له أن يستأذنها أم لا؟ على قولين حكاهما اللخمي، ونسب لها[4] عدم الاستحباب، واعترض من وجهين:

أحدهما لابن بشير[5]: بأن ظاهر المذهب استحبابه اتفاقًا .

---

(١) سقط من ب.

(٢) «المدونة» (٢/ ١٠٠).

(٣) أخرجه مسلم (١٤٢١).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٤٣).

(٥) «التنبيه» (٢/ ٥-أ).

وعنه في البكر المعنس - وهي التي قد علت سنُّها، وعرفت مصالح نفسها روايتان:

إحداهما: جواز العقد عليها كالبكر الحديثة السن. والأخرى: منع عقده عليها إلا بإذنها كالثيب.

ورده بعض شيوخنا [بقول][(١)] الباجي[(٢)]:

روى عيسى عن ابن القاسم إنكاره:

الثاني لخليل: قال[(٣)]: ما نسبه لها لا يؤخذ منها؛ لأن الذي فيها ليست المشورة بلازمة وذلك لا ينافي الاستحباب، والاستحباب [أولى][(٤)] وهو الذي اقتصر عليه ابن [الجلاب][(٥)] للخروج من الخلاف ولتطييب قلبها؛ ولأنه قد يكون بها عيب فتظهره حينئذٍ.

قلت: وكذلك صَرَّحَ مالك في «العتبية»[(٦)] بأن استئذانه حسن.

قال ابن رشد[(٧)]: وهو صحيح حينئذ للخروج من الخلاف.

قوله: (وعنه في البكر المعنسة وهي التي قد علت سنها وعرفت مصالح نفسها روايتان:

إحداهما: جواز العقد عليها كالبكر الحديثة السن.

والرواية الأخرى: منع عقده عليها إلا بإذنها كالثيب).

قال المتيطي: وبالرواية الأولى العمل وبه القضاء، واختار اللخمي الرواية الثانية لعلمها بمصالحها كالثيب.

---

(١) في ب: بنقل.

(٢) «المنتقى» (٣/ ٢٦٧).

(٣) «التوضيح» (٣/ ١١٨).

(٤) في ب: أولاً.

(٥) في ب: الحاجب.

(٦) «البيان» (٤/ ٢٦١).

(٧) «البيان» (٤/ ٢٦٢).

فصل: في إنكاح الثيب:

ولا يختلف قوله في منع الأب من العقد على الثيب البالغ إلا بإذنها.

والثيب بالزنا كالثيب بالنكاح سواء.

واختلف في مقدار سنّها:

فقال ابن القاسم: [أربعون][(١)] سنة.

وروى ابن وهب: الثلاثون.

وقيل: خمسة وثلاثون.

وقيل: من الخمسين إلى الستين.

وما ذكره الشيخ من معرفتها مصالح نفسها مثله منها.

وقيل: إنه لا يشترط.

قاله الباجي[(٢)] والمتيطي.

قوله: (**ولا يختلف قوله في منع الأب من العقد على الثيب البالغ إلا بإذنها**).

ظاهره: وإن كانت سفيهة ، وهو كذلك على المشهور.

وقيل: إنه يجبرها أبوها كالبكر. قاله أشهب.

ويريد الشيخ: ما لم يظهر فسادها لقول اللخمي: تجبر الثيب إن ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها، أو لم يكن والأحسن رفع غير الأب للحاكم فإن زوجها دونه مضى.

وظاهر كلامه: أن الثيب الصغيرة اختلف قوله فيها، وقد تقدم الخلاف في ذلك.

قوله: (**والثيب بالزنا كالثيب بالنكاح سواء**).

ما ذكره هو قول ابن عبد الحكم،وأحد المقالات الأربع، **وقيل:** إنها تجبر، قاله فيها[(٣)].

---

(١) في ب: الأربعون.

(٢) «المنتقى» (٣/ ٢٦٦).

(٣) «المدونة» (٢/ ١٠١).

فإن زوجها الأب بغير إذنها ففيها روايتان: إحداهما: أن النكاح باطل.

وقيل بالأول فيمن تكرر منها الزنا حتى زال جلباب الحياء عن وجهها.

وبالثاني فيمن لم يتكرر منها، **قاله عبد الوهاب**[(١)].

وقيل: إنها لا تجبر ويكون إذنها كبكر فيجمع عليها حكم الثيب وحكم البكر، قاله اللخمي، وعزاه ابن راشد لأبي محمد ابن أبي زيد[(٢)]، وأبو إبراهيم لمحمد بن وضاح.

وحمل بعضهم قول عبد الوهاب على الخلاف ولم يرتضه أبو إبراهيم، وحمله على التفسير.

قال ابن رشد[(٣)]: والوطء بالغصب كالوطء بالزنا.

ورده بعض شيوخنا: بأن هذه أقرب للجبر.

ويجاب: بأن ما ذكره إنما يتمشى أن لو قصد التخريج وهو ذكر [اللخمي][(٤)] الخلاف،[فالنص][(٥)] فيها،فقال في «مقدماته»[(٦)]: اختلف فيها إذا زنت أو غصبت:

فقيل: حكمها حكم البكر عمومًا.

وقيل: حكم الثيب.

وقيل: حكم الثيب في أنها لا تزوج إلا برضاها، وحكم البكر في أن إذنها صماتها.

[والآخر][(٧)] المذكور في التخريج هو للخمي.

قوله: **(فإن زوجها الأب بغير إذنها ففيها روايتان:**

---

(١) «المعونة» (٢/ ٧٣٤).

(٢) «النوادر» (٤/ ٣٩٤).

(٣) «البيان» (٥/ ١٣٤).

(٤) سقط من ب.

(٥) في ب: بالنص.

(٦) «المقدمات» (١/ ٤٧٧).

(٧) في ب: والإجراء.

والرواية الأخرى: أنه صحيح يجوز بإجازتها إذا كان قريبًا ويبطل بردها.

فصل: في إنكاح اليتيمة:

وإذا كان لليتيمة وصي أو ولي فزوجها قبل بلوغها ففيها ثلاث روايات:

إحداهن: أن النكاح باطل.

والأخرى: أنه جائز، ولها الخيار إذا بلغت في فسخه أو إقراره.

والثالثة: إن كانت بها حاجة ولها في النكاح مصلحة، ومثلها توطأ، فالنكاح ثابت، ولا خيار لها فيه بعد بلوغها.

إحداهما: **أن النكاح باطل.**

والرواية الأخرى: **أنه صحيح يجوز بإجازتها إذا كان قريبًاويبطل بردها)**.

يعني: إذا فَرَّعْنَا على ما ذكر الشيخ من عدم جبرها فجبرت ففيها الروايتان، وهذا يدل على ما تقدم من أن كل ما في ابن الجلاب هو لمالك حتى يعزوه لغيره.

قوله: (**وإذا كان لليتيمة وصي أو ولي فزوّجها قبل بلوغها ففيها ثلاث روايات:**

إحداهن: **أن النكاح باطل.**

والرواية الأخرى: **أنه جائز، ولها الخيار إذا بلغت في فسخه أو إقراره.**

والرواية الثالثة: **أنه إن كانت بها حاجة ولها في النكاح مصلحة ومثلها يوطأ فالنكاح ثابت ولا خيار لها فيه بعد بلوغها)**.

إنما تكلم الشيخ بعد الوقوع، ألا ترى إلى قوله: «فزوجها قبل بلوغها»، وكذلك ما بعده.

واختلف في تزويجها قبل البلوغ ابتداء على خمسة أقوال:

فقيل: إنها لا تزوج، قاله فيها[1].

وروي عن مالك: أنها تزوج وعنه إن أطاقت المسيس جاز وإلا فلا.

وقيل: يجوز إن كان مثلها يوطأ وخيف عليها الحاجة.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٥٣)، و«التهذيب» (٢/ ١٤٥).

....

وقيل: تزوج ولها الخيار إذا بلغت، حكاه ابن الحاجب[١].

قال ابن راشد: وفيه بُعد، وكيف يمكن الرجل من وطء فرج لغيره فيه خيار؟!

وقال ابن عبد السلام: إنما حكاه غيره بعد الوقوع لا أنه ابتداء.

وأجابه خليل[٢]: بتصريح ابن شاس بأن ذلك ابتداء ولقربه من إحدى روايات الجلاب أن النكاح جائز ولها الخيار إذا بلغت في فسخه وإمضائه.

وقال ابن بشير[٣]: اتفق المتأخرون على أنه يجوز إذا خيف عليها الفساد.

قال ابن عبد السلام: وعليه العمل عندنا إذا بلغ سنها عشر سنين مع مشورة القاضي في ذلك .

وإذا فَرَّعْنَا على قولها[٤]: «وزوجت» ففي ذلك خمسة أقوال:

فقال ابن حبيب عن مالك وأصحابه: يفسخ ولو طال وولدت الأولاد.

وقال أصبغ: إلا أن يطول وتلد الأولاد والسنتان والولد الواحد لغو.

وقيل: لها الخيار إذا بلغت.

وقيل: إنه يمضي بالعقد وهو الأقرب مراعاة للخلاف.

وروي عن مالك: أنه وقف في فسخه قبل الدخول وبعده.

والقول الثالث من أقوال الشيخ سادس، ووقع في أحكامي بباجة في شهود شهدوا في يتيمة أنها بلغت فزوجتها ثم ظهر أنها لم تبلغ بعد الدخول فحلت بينها وبين زوجها، وشاورت شيخنا أبا مهدي رحمه الله في فسخ النكاح وفي تأديب من شهد، فأفتى بالفسخ وبعدم الأدب، فحكمت بذلك مع أن الصواب تأديبهم.

❁ ❁ ❁

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٨).

(٢) «التوضيح» (١/ ١١٩).

(٣) «التنبيه» (٢/ ٧-أ)

(٤) «التهذيب» (٢/ ١٤١).

باب: الأولياء في النكاح ومراتبهم

فصل: ترتيب الأولياء في النكاح:

قال مالك - يرحمه الله: والابن أولى بإنكاح أمه من أبيها، وكذلك ابن الابن أولى به من أبيها. والأخ، وابن الأخ، أولى به من جدها، ثم الولاية بعد ذلك مرتبة على ترتيب العصبات في المواريث.

باب: الأولياء في النكاح ومراتبهم

قوله: [(باب مراتب الأولياء في النكاح.

قال مالك يرحمه الله][(١)] **: والابن أولى بإنكاح أمه من أبيها وكذلك ابن الابن أولى به من أبيها).**

ما ذكر أن الابن مقدم على الأب هو المشهور، وروى المدنيون بالعكس، نقله الباجي[(٢)].

قال ابن عبد السلام: اختار بعض أشياخ أشياخي مذهب الشافعية ألا ولاية للابن في هذا الباب إلا أن يكون من عشيرة أمه وهو القياس.

قوله: (والأخ وابن الأخ أولى به من جدها، ثم الولاية بعد ذلك مرتبة على ترتيب العصبات في المواريث).

ما ذكره هو المشهور أيضًا.

قال المغيرة: الجد مقدم عليهما،وهذه إحدى المسائل الأربع التي يقدم فيها الأخ وابنه على الجد، والصلاة على الجنازة والولاء والحضانة، ويريد بالأخ وابنه [الشقيق][(٣)] أو للأب.

وأما الأخ للأم وابنه فليسا من الأولياء، وهو بيّن من كلام الشيخ لذكره العصبة.

واختلف في الأخ الشقيق مع الأخ للأب :

---

(١) سقط من ب.

(٢) «المنتقى» (٣/ ٢٧٣).

(٣) في ب: الشقيقين.

فصل: الوصية بالنكاح:

والوصية بالنكاح جائزة كالوصية بالمال، والوصيّ أولى بالنكاح من الولي، ويستحب له أن يشاور الولي .

فقيل: إنهما سواء، رواه علي بن زياد فيها.

وقيل: إن الشقيق أولى، قاله مالك وابن القاسم وغيرهما في «كتاب ابن حبيب».

قال اللخمي: ويجري هذا الخلاف في أبنائهما وفي العمين وأبنائهما.

وقال ابن الحاجب(١): وفي تقديم الشقيق من الأخ والعم وابنه على الآخر روايتان لابن القاسم و«المدونة».

واعترضه ابن راشد وابن عبد السلام: بأن الروايتين مذكورتان نصًّا في الأخ مخرجتان في سائر الأولياء لا كما يعطيه كلامه.

قوله: (والوصية بالنكاح جائزة كالوصية بالمال).

ما ذكره هو المشهور.

وقال ابن الماجشون ومحمد بن عبد الحكم: لا يزوج الوصي إلا أن يكون وليًا، وبه قال منذر بن سعيد البلوطي.

قوله: (والوصي أولى بالنكاح من الولي ويستحب له أن يشاور الولي).

لا خصوصية لذكره الوصي بل وكذلك وصي الوصي وإن سفل.

وما ذكر أن الوصي مقدم على الولي ويريد في البكر هو نصها.

وقيل: هما سواء في البكر والثيب، حكاه ابن الحاجب(٢).

قال ابن راشد: ولم أقف عليه.

وعارض المغربي قولها بقولها في «كتاب القذف»(٣): وإن مات ولا وارث له فأوصى بالقيام بقذفه، فلوصيه القيام به .

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٥).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٥).

(٣) «التهذيب» (٤ / ٤٨٤).

والوصي في الثيب ولي من الأولياء هو وغيره في العقد عليها سواء.

فمفهومه: لو كان له وارث أن الحق له وهنا قدم في الولاية الوصي وذكر مناقضتها هنالك.

ويفرق بأن قذف الأب يلحق عادة الوارث فلذلك كان أحق من الوصي، والله أعلم.

قال فيها في «كتاب إرخاء الستور»[١]: وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي فأقام له القاضي خليفة كان كالوصي في جميع أموره.

قال أبو إبراهيم: فيقوم منها أن مقدم القاضي مقدم على الولي في عقد النكاح وهو أحد القولين وأن له أن يوكل، والمشهور ليس له ذلك بخلاف الوصي.

قلت: وأقيم منها أيضًا: أن مُقَدَّم القاضي له أن يطلق من الحجر وإن لم يعرف رشده.

وقيل: إنما له ذلك إذا عرف رشده.

وقيل: ليس له ذلك وإنما يطلقه القاضي، قاله ابن زرب، وبه حكمت بباجة.

قوله: (والوصي في الثيب ولي من الأولياء وهو وغيره في العقد عليها سواء).

تحرير ما ذكره أن الوصي أولى في البكر وهو والولي سواء في الثيب، مثله فيها[٢].

قال المتيطي: وهو المشهور.

قال أشهب: لأن الوصي في الثيب [كالأب][٣] في الثيب.

ونحوه في «كتاب ابن مزين»، وحمل فضل المسألة على الثيب الرشيدة، وأطلقها الأكثر.

قال ابن رشد[٤]: ولو رشد الوصي محجورته فلا نص والظاهر بقاء ولايته.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٩٣).

(٢) «المدونة» (٢/ ١٠٩)، و«التهذيب» (٢/ ١٤٤).

(٣) في أ: بالأب.

(٤) «المقدمات» (١/ ٦٣٤).

فصل: في العقد على الصغير والمباراة عنه:

ولا يختلف قوله في جواز العقد على الصغير قبل بلوغه يعقده عليه أبوه أو وصيه.

وكذلك تجوز المباراة عنه قبل بلوغه.

وهو قصور لقول المتيطي: في ذلك قولان لأشهب مع أصبغ، وسحنون مع ابن الماجشون.

قوله:(ولا يختلف قوله في جواز العقد على الصغير قبل بلوغه يعقد عليه وليه أبوه أو وصيه).

ما ذكره في الوصي هو المشهور.

وقال سحنون: لا يزوجه؛ لأنه لا مصلحة له في النكاح في الحال وعلى الأول فاختلف هل يجبره الوصي أم لا؟

على ثلاثة أقوال:

فقيل: له جبره، وهو المشهور.

وقيل: لا؛ لأنه إذا بلغ طلق فيؤدي إلى إتلاف ماله بالملك، قاله سحنون.

وقيل: إن ظهر صلاح جبره كما إذا كانت ابنة عم له جبره وإلا فلا، قاله المغيرة.

والمنصوص في الأب أنه يجبره.

وخرج اللخمي الخلاف فيه من الوصي، وأبعده بعض شيوخنا، وهو قريب عندي للعلة التي ذكرها سحنون.

قوله: (وكذلك تجوز المباراة عنه قبل بلوغه).

ظاهره وإن لم يأخذ له شيئًا وهو خلاف قولها في «إرخاء الستور»[1]: على أحد التأويلين حيث قال: ويجوز للأب أو الوصي المباراة عن الصغير على النظر له والحط فيما يأخذه له كما ينكحه نظرًا، ولأنه يومئذٍ ممن لا يجوز طلاقه، ولا يلزم الصبي [إن

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٩٣).

....

طلقها][1] عليه على غير الخلع وأخذ المال.

فقال شيخنا حفظه الله تعالى: ظاهرها أنه لا يجوز صلحه عنه إلا بشرطين: النظر مع الأخذ أمَّا إن رآه نظرًا دون أخذ فلا يجوز.

وما ذكره سمعته أيضًا من شيخنا أبي مهدي رحمه الله، قال: ورأيت لشيخنا أبي العباس ابن حيدرة قاضي الجماعة بتونس وثيقة وحكم فيها بمطلق النظر دون أخذ مال.

وما ذكره خلاف [قوله الأول][2] وذلك أحرى في قولها[3] : ولا يلزم الصبي أن يطلقها عليه على غير الخلع وأخذ المال.

وقال في عرضة أخرى: وقعت هذه المسألة قبل هذا على المتاركة وحكموا بإمضائه وفهموا قولها على البدلية لا على المعية فتكون الواو بمعنى أو.

قلت: والذي أقول به [قول][4] ابن حيدرة؛ لأنه قد يتعذر الأخذ ويراه مصلحة ضرورة.

وهو قول اللخمي: يجوز أن يطلق عن السفيه البالغ والصغير بدون شيء يؤخذ له فقد يكون في بقاء العصمة فساد عليه حصل قبل نكاحه أو حدث بعده. وكون الزوجة غير محمودة الطريقة أو متلفة لماله، فهو خلاف ما ذكره ابن فتوح وابن فتحون فالقولان مذكوران خارجها وكلاهما تأول عليها.

وأقيم من هنا قول المغيرة السابق: أنه لا يزوجه إلا إذا كان نظرًا.

ورد شيخنا أبو مهدي رحمه الله ـ بأن هنا [حصل][5] النكاح فرفعه أشد.

---

(١) في ب: أن يطلقاها.

(٢) في ب: قولها أولاً.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٣٩٣).

(٤) في ب: نص.

(٥) في ب: حمل.

فصل: تزويج الصغير وطلاقة بعد البلوغ:

وإذا زُوِّج الصبي فبلغ فطلق قبل الدخول فعليه نصفل الصداق، وإن دخل بها فعليه الصداق كله، فإن زوجه أبوه ولا مال له فالصداق على الأب، ولا ينتقل وجوبه إلى الابن بيسره.

ويجاب بقوله: «كما ينكح نظرًا».

قوله: (وإذا زوج الصغير فبلغ فطلق قبل الدخول فعليه نصف الصداق وإن دخل بها فعليه الصداق كله).

ما ذكره بيّن.

قوله: (وإذا زوجه أبوه ولا مال له فالصداق على الأب ولا ينتقل وجوبه إلى الابن بيسره).

ظاهره: سواء بين أنه عليه أو على الولد أو سكت، وهو كذلك في الأول والثالث بلا خلاف، وفي الثاني على المشهور.

وقال أصبغ: هو على الولد.

وسأل والدي رحمه الله تعالى شيخنا أبا محمد عبد الله الشبيبي -رحمه الله تعالى- عن هذه المسألة بحضرتي وكان لي في الميعاد نحوًا من سنتين وحفظت جملة من «ابن الحاجب» فأفتاه بأنه على الولد.

فقلت: حفظكم الله تعالى، هذا قول شاذ، والمشهور: أنه على الأب ولو بَيّن، قال ابن الحاجب(١): ومن زوج ابنه الصغير فقيرًا فالصداق في مال الأب عاش أو مات، ولا ينتقل إن أيسر.

وقيل: إلا أن يبيِّن أنه على الابن، فتبسم وكانت له أخلاق حسنة ورجع عن فتواه وأفتاه بالمشهور؛ لأنه إنما أفتاه أولاً بما ذكر لا باعتقاده أنه المذهب والمشهور وهذا فعل أهل الخير والدين.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٠).

وإن كان له مال عند العقد، فالصداق في مال الابن ولا ينتقل إلى الأب بعسره.

وإن بلغ الابن معسرًا قبل الدخول وقد كان موسرًا عندالعقد: فالصداق دَيْنٌ عليه.

❁ ❁ ❁

وظاهر قول الشيخ: «ولو كان الأب فقيرًا كولده» أنه يكون على الأب.

قال الباجي[1]: وهذا الذي يقتضيه المذهب عندي؛ لأنه العاقد له خلاف ما رواه محمد عن أصبغ: أنه ليس على الأب.

قوله: (وإن كان له مال عند العقد فالصداق في مال الابن ولا ينتقل إلى الأب لعسره، وإن بلغ الابن معسرًا قبل الدخول وكان موسرًا عند العقد فالصداق دين عليه).

ما ذكره قال الباجي[2]: ولو كان الابن مليًّا ببعض الصداق فلا، وجعله كالمليّ فيما هو به مليّ، وكالمعدم فيما هو به عديم، فقبله غير واحد كابن بشير.

قال بعض شيوخنا[3]: وما ذكره هو الجاري على عتق المدبر.

ولوشرط في نكاحه وهو عديم أعطاه مالاً ساكتًا عن المهر عليه، فقال بعض الشيوخ: أنه على الابن ليسره بالعطية، وفيه نظر.

وقال ابن يونس[4]: لا نظر فيه؛ إذ لا يتم العقد إلا وهو مليّ.

❁ ❁ ❁

---

(١) «المنتقى» (٣/ ٢٨٤).

(٢) «المنتقى» (٣/ ٢٨٧).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٧٨).

(٤) «الجامع» (٤/ ١٧٢).

باب: الولاية في النكاح

فصل: في الولاية في النكاح:

قال مالك يرحمه الله: والولاية في النكاح على ضربين: عامة وخاصة.

فالعامة: ولاية الاعتقاد والديانة، والأصل فيها قوله عز وجل: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ﴾ [التوبة:٧١] .

والولاية الخاصة: ولاية النسب والقرابة لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥] .

والمولى المعتق الأعلى عصبة للمولى المعتق الأسفل إذا لم تكن له عصبة من قرابته.

ولاولاية للأسفل على الأعلى إلا أن تكون للأسفل على الأعلى نعمة عتق على أبيه وجدّه.

باب: الولاية في النكاح

[قوله: (قال مالك يرحمه الله:

(والولاية في النكاح على ضربين: عامة وخاصة.

فالعامة: ولاية الاعتقاد والديانة،والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ﴾ [التوبة:٧١] .

والولاية الخاصة ولاية النسب والقرابة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥])][(١)] .

قوله: **(والمولى المعتق الأعلى عصبة للمولى المعتق الأسفل، إذا لم يكن له عصبة من قرابته ولا ولاية للأسفل على الأصل إلا أن يكون للأسفل على الأعلى نعمة على أبيه وجده)**.

لا خلاف أن المولى الأعلى له مدخل في الولاية، وهو كذلك بعد فقد وليّ النسب

---

(١) سقط من ب.

....

كما قال الشيخ، وهو أكثر نصوصهم أو هو كأحدهم على ظاهرها في غير ما موضع.
قاله ابن عبد السلام أو تخفيف ذلك إذا كان ذو نسبها ليسوا بذوي قرابة قريبة.

اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال، واختلف في المولى الأسفل :

فقيل: له مدخل في الولاية. نقله ابن العطار عن مالك، وبه قال أبو محمد(١)، وهو ظاهر قولها(٢) في «إرخاء الستور»، وكذلك صرح في «الموازية»، بأنه من الأولياء.

وقيل: لا مدخل له، ذكره ابن الحاجب بل جعله الأصح،ولفظه(٣): ثم المولى الأعلى لا الأسفل على الأصح.

وأنكر ابن عبد السلام وجوده: بأنه لا خلاف في ثبوته .

وليس كما قال، ولو نظر ابن [راشد](٤) في هذا المحل لما قال ذلك، [حفظه](٥) لنقل ابن الجلاب وابن عبد البر.

وقول الباجي(٦): وقال ابن الجلاب في «تفريعه»: والمولى الأسفل يعقد وإن لم يكن له تعصيب.

تعقبه ابن زرقون [فإن الذي في «التفريع» هو الذي](٧) لا يعقد.

وقال المتيطي: فيما قاله ابن الجلاب أبو عمر نظر وقد قال ﷺ: **«مولى القوم منهم،وابنه من أنفسهم»**(٨)، وقال عليه الصلاة والسلام: **«[حليفنا](٩) منا، وابن**

---

(١) «النوادر» (٥/ ١١٩).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٠٠).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٥).

(٤) في ب: رشد.

(٥) في أ: حفظت.

(٦) «المنتقى» (٣/ ٢٦٨).

(٧) في ب: بأن الذي في التفريع إنما هو.

(٨) نصفه الأول أخرجه البخاري (٦٧٦٢) من حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٩) في أ: خليفتنا.

فصل: في المرأة يزوجها غير وليها:

وإذا زوج المرأة غير وليها بإذنها، وكانت شريفة ذات بال وقدر، فالولي بالخيار في فسخ نكاحها أو إقراره.

وإن كانت دنية مثل السعاية، والمسلمانية، والأمة المعتقة، ومن لا بال لها، وكل أحد كفؤ لها فنكاحها جائز، ولا خيار لوليها فيها.

وقد قيل: إنه يزوجها إلا وليها، أو السلطان كانت شريفة أو دنية .

أخينا منا، ومولانا منا»[1].

والمولى في هذا الباب يطلق على من له العتاقة وهو المراد بالمولى الأعلى، ويطلق على من عليه العتاقة وهو المراد بالمولى الأسفل.

قوله: (**وإذا زوج المرأة غير وليها بإذنها وكانت شريفة ذات مال وقدر فالولي بالخيار في فسخ نكاحها وإقراره.**

وإن كانت دنيئة مثل الشعادة والمسلمانية والأمة المعتقة ومن لا بال لها وكل أحد كقولها: فنكحت فنكاحها جائز ولا خيار لوليها فيها [وقد قيل: لا يزوجها إلا وليها أو السلطان شريفة كانت أو دنيئة][2]).

لا خلاف أن الولاية الخاصة مقدمة على ولاية الإسلام.

واختلف في صحة العقد بها مع ولاية النسب على ثلاثة أقوال :

فمذهب ابن القاسم وروايته: أنها على غير ولاية في الشريفة دون الدنيئة.

قال ابن [العطار][3]: وبه الفتوى والعمل.

والثاني: أنها غير ولاية فيهما وهي رواية أشهب وقول ابن حبيب، وهو الذي ذكر الشيخ آخرًا .

---

(١) أخرجه أحمد (١٨٩٩٤) ، والبخاري في «الأدب المفرد» (٧٥)، والبزار (٣٧٢٥) ، والحاكم (٣٢٦٦)، والطبراني في «الكبير» (٥/ ٤٥) (٤٥٤٥) من حديث رفاعة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: القصار.

فصل: في المرأة يزوجها وليها بغير إذنها:

وإذا زوج الولي المرأة بغير إذنها، ثم علمت بذلك، فأجازته ففيها **روايتان:**

والثالث: أنها ولاية فيها، حكاه عبد الوهاب، وهو ظاهر رواية ابن وهب.

قال ابن عبد السلام: وما حكاه بعض الشافعية عن مالك من أن للدنيئة أن [تزوج][١] نفسها فغلط لا إشكال فيه.

وإذا فَرَّعْنَا على الأول ووقع ذلك فقال الشيخ: الوليّ بالخيار،وهذا الذي ذكره هو رواية ابن وهب، وظاهره :وإن طال بعد البناء.

وقيل: معناه ما لم يطل بعد البناء فيمضي.

وعن مالك: الوقف.

وقال ابن القاسم: إذا أجازه الوليّ [بالقرب][٢] جاز سواء دخل بها الزوج أم لا.

وإن أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له، فأما إن طالت إقامتها بعد وولدت الأولاد أمضيته إن كان صوابًا،ولم يفسخ، وقاله مالك.

وقال غيره: لا يجوز، وإن أجازه الولي؛ لأنه عقد بغير ولي وهذه الأربعة أقوال: فيها[٣].

وقيل: يمضي بالعقد، رواه عبد الوهاب[٤].

وقيل: يشبه على قول مالك فوته بالبناء، قاله إسماعيل القاضي.

وللشيوخ كلام يطول جلبه في تحصيل قول ابن القاسم ما هو.

ويريد الشيخ في غير المجبرة وأما المجبرة كالسيد في أمته فيأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى.

قوله: (وإذا زوج الولي امرأة بغير إذنها ثم علمت بذلك فأجازته ففيها روايتان:

---

(١) في أ: ترفع.

(٢) في أ: بالعرف.

(٣) «المدونة» (٢/ ١١٢).

(٤) «المعونة» (٢/ ٧٣٤).

إحداهما: أن النكاح باطل.

والأخرى: أنه جائز إذا أجازته بقربه.

إحداهما: أن النكاح باطل.

والأخرى: أنه جائز إذا أجازته بقربه).

وفي المسألة قول ثالث بالجواز مطلقًا. رواه ابن القصار، وقاله أشهب.

قال عبد الوهاب[١]: والصحيح المنع مطلقًا.

وقال ابن رشد[٢]: المشهور الفرق بين القرب والبعد، وعليه فاختلف في حد القرب على أربعة أقوال:

فقيل: يومان قريب، قاله ابن القاسم وسحنون وأصبغ.

وقيل: اليوم الواحد كثير، قاله مالك.

وقيل: القريب مثل أن يعقد النكاح في السوق أو المسجد ثم تقع المشورة فورًا، قاله عيسى بن دينار وابن حبيب، وبه أفتى شيخنا حفظه الله تعالى غير ما مرة.

وقيل: يرجع فيه إلى العرف، قاله ابن عبد السلام.

وكأنه من عنده وسبق به ابن بشير[٣].

ووقع في أحكامي بباجة في الزوج إذا لم يحضر لعقد النكاح وزعم أنه بلغه بالقرب ورضي وليست له بينة بذلك، وقال والد الصبية: إن ما بلغك بعد البعد فالذي يتبادر لذهني أن والدها مدع على ظاهر قولهم: إن كان إن كان بالقرب جاز.

وكتبت لشيخنا أبي مهدي رحمه الله فيها وأجابني: بأنه يقبل قوله؛ لأنه مدع لصحة النكاح، ووالدها مدع للفساد وانصرفت منها قبل تنجيز الحكم فيها .

وإذا فرّعنا على المنع ففي فسخه[قبل][٤] البناء فقط أو مطلقًا قولان لابن القاسم وأصبغ.

---

(١) «المعونة» (٢/ ٧٣٧).

(٢) «البيان» (٤/ ٢٧٠).

(٣) «التنبيه» (٢/ ٣٣-أ).

(٤) في أ: على.

فصل: في زواج الوصي من وصيته والمعتق من معتقته:

ويجوز للوصي أن يزوج وصيته من نفسه بإذنها، وينبغي له أن يشهد على رضاها احتياطًا من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك، والمرأة مقرة بالنكاح فهو جائز.

ولفظ ذلك أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا وترضى بذلك.

وعنه أيضًا: يؤمران بالتفاسخ ولا يحكم عليهما به لاختلاف العلماء في ذلك وحيث يفسخ:

فقيل: بطلاق.

وقيل: لا.

وإجازتها للنكاح إنما يكون نطقًا، قاله فيها[1]، وألحق الموثقون بها مسائل البالغ إذا أرشدها أبوها على خلاف في ذلك، والبكر اليتيمة المعنسة وإذا زوجت من عبد أو من فيه بقية رق أو من ذي عاهة كبرص على القول بأنها إذا رضيت به صح.

والأكثر على أنه ليس بكفؤ وإليك النظر في بقيتها.

فصل: في زواج الوصي من وصيته والمعتق من معتقته:

قوله: (**ويجوز للوصي أن يزوج وصيته من نفسه بإذنها، وينبغي له أن يشهد على رضاها احتياطًا من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك والمرأة مقرة بالنكاح فذلك جائز ولفظ ذلك أن يقول لها: قد زوجتك على صداق كذا وكذا وترضى به**).

لا خصوصية لذكره الوصي والمعتق، بل وكذلك [ابن العم][2] والحاكم.

وما ذكره هو المشهور.

وقال المغيرة: لا بد من عاقد غيره.

وقال اللخمي: كذلك القولان في عقد أجنبي على من لا وليّ لها لنفسه بإذنها فيه أو على دنية.

---

(١) «المدونة» (٢/ ١١٣).

(٢) في أ: المنعم.

وكذلك من أعتق أمته، ثم أراد أن ينكحها فله أن يزوجها من نفسه من غير أن يرد ذلك إلى غيره، وليس عليه استئذان الحاكم فيه.

❁ ❁ ❁

والأحوط أن توكل غيره فإن وكلته مضى.

قوله: (وكذلك من أعتق أمة ثم أراد نكاحها فله أن يزوجها من نفسه من غير أن يرد ذلك إلى غيره وليس عليه استئذان الحاكم في ذلك).

وفي المذهب قول ضعيف عن ابن القاسم أن للمعتق أن يزوج معتقته [نفسه][١] دون رضاها، حكاه المتيطي.

❁ ❁ ❁

---

(١) سقط من ب.

باب: اجتماع الأولياء في النكاح

فصل: فيمن زوجها وليان من رجلين:

قال مالك يرحمه الله: وإذا جعلت المرأة أمرها إلى وليين فزوجاها من رجلين، ثم عُلِمَ بذلك قبل الدخول بها، فالأول أحق بها من الثاني. فإن دخل بها الثاني قبل علمه بالأول لم يفسخ نكاحه منها، وكان أحق بها.

باب: اجتماع الأولياء في النكاح

قوله: ([قال مالك يرحمه الله][1] وإذا جعلت المرأة أمرها إلى وليين فزوجاها من رجلين ثم علم بذلك قبل الدخول بها فالأول أحق بها من الثاني، فإن دخل بها الثاني قبل علمه بالأول لم يفسخ نكاحها منه وإن كان أحق بها).

ما ذكره هو قولها[2] عدا قوله: «ولا يعلم»، إلا أن الشيوخ تمموا ذلك عليها.

ونقل ابن الحاجب عنها ذلك وهمٌ.

وقيل: [السابقة بالعقد أولى و][3] دخل بها الثاني ولم يعلم، قاله المغيرة وابن عبد الحكم وابن مسلمة وابن [كنانة][4]، وحكاه حمديس عن مالك.

وظاهر كلام الشيخ كظاهرها: سواء فوضت لوليها دفعة واحدة أو لواحد بعد واحد وهو كذلك.

وقال **الباجي**[5]: إن فوضت لأحدهما بعد الآخر، [فكما][6] قال ابن عبد الحكم، وإن فوضت لهما معًا فالأول.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٩٧).

(٣) في أ: فإن.

(٤) في ب: لبابة.

(٥) «المنتقى» (٣/ ٣٠٩).

(٦) في أ: وكما.

وإن لم يُعلم أيهما قبل صاحبه، وكان ذلك قبل الدخول بها فسخ نكاحهما جميعًا، ثم تزوجت من شاءت منهما أو من غيرهما. وإن دخل بها أحدهما فهو أحق بها من الآخر.

وأورد عبد الحميد الصائغ على قولها: إن من وكّل رجلين فزوجه كل واحد منهما من امرأة وله ثلاث نسوة فزوجه كل واحد منهما من امرأة فقد قالوا: إن نكاح الأول منهما هو الصحيح، ويفسخ نكاح الثاني، ولا يفوت بالدخول.

وفرق بعض البغداديين: بأن الحاجة داعية للمرأة إلى الوكالة؛ لأنها لا [تستقل][(١)] بعقد النكاح فناسب ألا يفسخ نكاحها الثاني بعد فواته بالدخول، بخلاف الرجل فإنه لا ضرورة له في التوكيل لقدرته على مباشرة النكاح .

وأجابه: بأنه لو صح لاطرد ويلزم ألا [يعذر][(٢)] مالك السلعة إذا وكل على بيعها وتولى هو بيعها ثم قبضها المشتري.

الثاني: أن ترد إلى الأول ولا يكون الثاني أحق .

قلت: وحكم هذه كما ذكره هو منصوص عليه في «وكالتها» وهو المشهور.

قوله: (**وإن لم يعلم أيهما قبل صاحبه وكان ذلك قبل الدخول بها فسخ نكاحهما جميعًا ثم تزوجت من شاءت منهما أو من غيرهما.**

وإن دخل بها أحدهما فهو أحق بها من الآخر).

ظاهر قوله: «**فسخ**» أنه بغير طلاق، وهو كذلك ، قاله سحنون .

وقيل: بل بطلاق وهو المشهور.

وقيل: إنها تباح للأزواج فإن عقد عليها غيرهما وقع على كل واحد منهما طلقة ، وإن تزوجها أحدهما وقع الطلاق على الذي لم يتزوجها خاصة . قاله محمد .

واختلف إذا مات والآخر مجهول فأكثر المتأخرين على سقوط الميراث خلافًا لابن

---

(١) في ب: تستقبل.

(٢) في ب: يلزم.

فصل: اختلاف الأولياء في تزويج المرأة:

وإذاكان للمرأة أولياء في درجة واجدة فأيهم زوجها جاز نكاحها، فإن اختلفوا قبل النكاح فأولاهم بها أفضلهم حالاً.

محرز بناء على أن الشك في موجب الميراث أو في تعين مستحقة، قال فيها[1]: «ولا قول للمرأة إن قالت: هذا هو الأول».

وما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: إنها تصدق، قاله أشهب، ذكره المتيطي.

وقيل: إنها تصدق إلا أن تدعي الذي هو أرفع، قاله اللخمي في «النكاح الثاني»، وعزاه ابن عبد السلام لأشهب ولم يعز الثاني.

وعارض أبو إبراهيم قولها بقولها في «كتاب الولاء»[2]: إذا أقام رجلان كل واحد منهما بينة أن فلانًا مولاه وهو مقرٌّ لأحدهما إقراره له عامل.

ذكر ذلك في «النكاح الثاني» وأشار إلى ذلك بقوله: انظر في «كتاب الولاء» ذكر المسألة.

وفرّق بعض أصحابنا - وهو الفقيه أبو عبد الله محمد [المسناوي][3] - بأنَّا إذا ألغينا البيِّنتين وبقيت الدعوى مجردة، [فلا يفيد][4]؛لأنه يفتقر إلى الإشهاد بخلاف الولاء فإنه استلحاق فالاعتراف فيه كاف.

ذكره في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله ـ واستحسنه.

فصل: اختلاف الأولياء في تزويج المرأة:

قوله: (وإذا كان للمرأة أولياء في درجة واحدة فأيهم زوجها جاز نكاحه فإن اختلفوا قبل النكاح فأولاهم بها أفضلهم حالًا).

تكلم على الوجه البين وهو بعد الوقوع، واختلف هل لها أن تفوض في عقد

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٤٥).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٦٣٦).

(٣) في ب: الحسناوي، والمثبت هو الصواب.

(٤) في ب: فلا يقيد في النكاح.

فإن استووا في الدرجة والفضل واختلفوا في عقد النكاح نظر فيه الحاكم فعقده إن رأى ذلك سدادًا أو ردّه إلى من يعقده منهم أو من غيرهم. ولا ولاية

نكاحه الأحدهم وهو ظاهرها، أو ليس لها ذلك وإنما ذلك لجميعهم مع الاستواء، قاله ابن حبيب.

وسبب الخلاف: هل هو حق لها أو للأولياء ، والمراد بالأولياء أولياء النسب لا الأوصياء يدل عليه قوله في درجة واحدة، وهو تأويل أبي عمران عليها ، وهو ظاهر قول اللخمي في قولها: «وإذا اختلف الأولياء وهم في [القعدد][1] سواء نظر السلطان في ذلك.

وقال سحنون: المراد بالأولياء الأوصياء، وهو بعيد؛ لأن المراد [بالقعدد][2] أي في [القرب][3] والمنزلة ، وهذا لا يتأتى في الأوصياء، بحال فالعجب من سحنون . رحمه الله . في حملها على الأوصياء مع أنه مؤلفها، وما زلت أذكر هذا في درس شيخنا حفظه الله تعالى، ولم يقع له جواب عنه.

وقول أبي محمد صالح : نظر السلطان يشعر بالأوصياء، بعيد، بل نظره إن كان اختلافهم [في الزوج][4] ففي الكفاية وعدمها وإن كان فيمن تقدم مع اتفاقهم [على][5] الزوج، فيكون نظر السلطان في [الترجيح][6] بين الأولياء بالفضل ثم بالسن، فإن تساووا أمر جميعهم بالقعد كقول ابن حبيب ،وإن كان اللخمي جعل قولها بنظر السلطان مغايرًا له على ظاهر كلامه.

قوله: (فإن استووا في الدرجة والفضل واختلفوا في عقد النكاح نظر فيه الحاكم فعقده إن رأى ذلك سدادا أو رده إلى من يعقده منهم، أو من غيرهم، ولا ولاية لأحد

---

(١) في ب: العقد.

(٢) في ب: بالعقد.

(٣) في أ: الضرب.

(٤) سقط من ب.

(٥) في ب: مع.

(٦) في أ: التزويج.

لأحد من ذوي الأرحام في عقد النكاح وإنما الولاية فيه للعصبات.

فصل: في إنكاح المرأة نفسها:

ولا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها، دنيّة كانت أو شريفة أذن في ذلك وليها أو لم يأذن.

فإن أنكحت نفسها فنكاحها باطل، ويفسخ قبل الدخول بها وبعده، ويكون لها الصداق المسمى وإن فسخ نكاحها بعد الدخول بها، والولد فيه لاحق. والحد عن الزوجين ساقط.

❁ ❁ ❁

من ذوي الأرحام في عقد النكاح، وإنما الولاية فيها للعصبات.

فصل: في إنكاح المرأة نفسها:

ولا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها دنيئة كانت أو شريفة أذن في ذلك وليها أو لم يأذن، فإن أنكحت نفسها فنكاحها باطل ويفسخ قبل الدخول بها وبعده، ويكون لها الصداق المسمى إذا فسخ نكاحها بعد الدخول بها والولد فيه لاحق والحد عن الزوجين ساقط).

ما ذكره من أن الحاكم مخير في عقده أو من يعينه منهم مثله لابن عبد البر في «الكافي»[1].

وقيل: يعين ولا يعقد.

وقال اللخمي: لو قيل: يعقدون بأجمعهم دون تعيين الأفضل لكان حسنًا؛ إذ لا وَصْمَ فيه.

وقول الشيخ: «أو من غيرهم» لا إشكال فيه وقصد به أنه نائب عنه.

❁ ❁ ❁

---

(١) «الكافي» (٢/ ٥٢٦).

باب: في إعلان النكاح والوكالة فيه والشهادة عليه

فصل: في إعلان النكاح:

قال مالك يرحمه الله: وعقد النكاح جائز بغير شهادة. ويستحب فيه الإعلان والإشاعة والإشهاد عليه، فإن أسر النكاح ولم يشهد به فإنه يعلن في ثاني حال ويظهر فيصح ولا يفسخ إذا لم يقصد به نكاح السر.

باب: في إعلان النكاح والوكالة فيه والشهادة عليه

فصل: في إعلان النكاح:

قوله:(قال : وعقد النكاح جائز بغير شهادة ويستحب فيه الإعلان والإشهاد عليه. وإن أسرّ النكاح ولم يشهد به، فإنه يعلن في ثاني حاله ويظهر فيصح).

يعني: أن الإشهاد شرط في الدخول لا في العقد وهذا هو المشهور .

وقيل: إنه شرط في العقد على ظاهر رواية أشهب ، حكاه عياض [(١)].

قوله: (**ولا يفسخ إذا لم يقصد به نكاح السر**).

المشهور في نكاح السر: أنه [المتواطأ][(٢)] بكتمه.

وقال يحيى بن يحيى : ما شهد به عدلان فهو حلال وإن استكتم الشهود.

قال اللخمي: وعليه عقده برجل وامرأة كعقد دونهما .

قلت: وفي «الاستلحاق» عن بعض مذاكريه: أنه رأى لبعض أصحاب مالك: أن نكاح السر جائز، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

قال خليل[(٣)]: وهذا يحتمل أن يكون إشارة إلى قول يحيى، وعلى الأول فقال ابن القاسم وأصبغ: ولو كانوا ملء المسجد الجامع.

وروى ابن حبيب : ولو بثلاثة أيام ونحوها أو في مكان مخصوص أو عن امرأة له أخرى .

وجعل اللخمي اليومين كالثلاثة ولا مفهوم لذلك بل ولو ساعة .

---

(١) «التنبيهات» (٢/ ٥٨١).

(٢) في ب: المتواصى.

(٣) «التوضيح» (٣/ ١٧٨، ١٧٩).

ولا يجوز نكاح السر، ويفسخ بطلقة، فإن بنى بها فلها الصداق المسمى، ويعاقب الزوجان والولي، والبينة إن لم يعذروا بالجهل.

وظاهر كلام الشيخ: أنه يفسخ ولو طال بعد الدخول، وهو ظاهر قول ابن شهاب فيها وأحد الأقوال الأربعة.

قال اللخمي : اختلف إذا نزل :

فقال ابن الجلاب : [يعلق][(١)] في ثاني حال ولا يفسخ .

وقال ابن حبيب: يفسخ بطلقة إلا أن يتطاول، وهو قول مالك وأصحابه.

وقال في «المبسوط»: يفرق بينهما بطلقة، وأرى أن يمضي بالعقد، ويحمل نهيه عليه السلام عن [ناكح][(٢)] السر على الندب كالآمر بالوليمة والضرب بالدف.

قلت: وفيما ذكره عن ابن الجلاب نظر لقوله بعد ما تقدم عنه: إذا لم يرد به نكاح السر، وما ذكره قبله يليه.

[**قوله: (ولا يجوز نكاح السر ويفسخ بطلقة، وإن بنى فيه فلها المسمى، ويعاقب الزوجان والولي والبينة إن لم يعذورا بجهل).**

ما ذكر من نفي العقوبة مع الجهل هو رواية ابن وهب، وعليه يحمل قولها: ويعاقب الزوجان، أي: ما لم يعذرا بجهالة، وحمله ابن عبد السلام بالإطلاق، وأما الحد فلا خلاف في نفيه][(٣)].

قوله: (ولا يجوز للمرأة أن تنكح نفسها دنيئة كانت أو شريفة أذن في ذلك وليّها أم لم يأذن).

ما ذكره هو المعروف، وتقدم ما حكاه بعض [المتأخرين][(٤)] عن مالك: أن

---

(١) في أ: يعلن.

(٢) في ب: نكاح.

(٣) في ب: ذكر هذا الكلام في بداية الباب بدون شرح وذكر الشرح هنا، وما أثبتناه من نسخة «أ» وهو الأصح.

(٤) في أ: المخالفين.

فصل: في النكاح الموقوف:

ولا يجوز النكاح الموقوف، وهو أن يزوج الرجل الرجل بغير إذنه، ثم يعلم بذلك المزوج فيريد إجازة النكاح، فلا يجوز ذلك.

ولا يجوز إنكاح الأب لابنه الكبير البالغ إلا بإذنه، وهو والأجنبي في ذلك سواء.

للدنيئة أن تعقد النكاح على نفسها .

وقول ابن عبد السلام: هو وهم.

قوله: (فإن نكحت نفسها فنكاحها باطل ويفسخ قبل الدخول قبلها وبعده إلى آخره).

واختلف هل بطلاق أم لا ؟ على قولين ، وكلاهما لابن القاسم فيها [1]، وبالأول قال مالك في «كتاب محمد »، وبالثاني قال ابن نافع.

قوله: (ولا يجوز النكاح الموقوف وهو أن يزوج الرجلُ الرجلَ بغير إذنه ثم يعلم بذلك المزوَّج فيريد إجازة النكاح فلا يجوز).

قد تقدم فيه ثلاثة أقوال:

ثالثها: المشهور يجوز مع القرب دون البعد ، وفي كلام الشيخ يقدم التصديق على التصور وهو مجتنب ويحسن الجواب هنا بالشعور .

قوله: (ولا يجوز نكاح الرجل لابنه الكبير البالغ إلا بإذنه وهو والأجنبي في ذلك سواء).

ظاهره: أنه لا يجبر ابنه البالغ السفيه وهو قول ابن الماجشون.

وقيل: إنه يجبر، قاله ابن القاسم وابن حبيب وهو المشهور ، [قاله][2] الباجي[3] وأخذ الأول من قولها[4] في «إرخاء الستور»، والثاني من قولها في «النكاح الأول»[5].

---

(١) «المدونة» (٢/ ١١٧).

(٢) في ب: قال.

(٣) «المنتقى» (٣/ ٣٥٣).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٩٤).

(٥) «التهذيب» (٢/ ١٥٧).

ولا يجوز اشتراط الخيار في النكاح.

فصل: تزويج البكر والثيب:

ولا يجوز لأحد من الأولياء غير الأب أن يزوج بكرًا بغير إذنها، فإن فعل ذلك، فقد ذكرنا اختلاف قوله فيها وسكوتها إذنها. ويستحب أن تعرف أن سكوتها إذنها، فإن سكتت بعد معرفتها بذلك زوجت.

قوله: (ولا يجوز اشتراط [الخيار][١] في النكاح).

ما ذكره هو المنصوص.

قال اللخمي: وعلى القول بإجازة الخيار في الصرف يجوز هنا، والنكاح في هذا أوسع من الصرف؛ لأن المنع عنده خوف الموت أو مراعاة الموت في خيار ثلاثة أيام من النادر، والنادر لا حكم له .

وأيضًا فإن النكاح غير منعقد حتى يمضي فلم يضر عدم الميراث.

وظاهر كلام الشيخ: ولو كان الخيار للثلاثة ، الزوج والزوجة والولي، وهو نصها[٢] ، وبه رد غير واحد من شيوخنا على ابن رشد في قوله [٣]: «لو كان النكاح على خيار الثلاثة انتفى حوزه لا محالة» لأنه خلاف نصها .

فصل: تزويج البكر والثيب:

قوله: (ولا يجوز لأحد من الأولياء غير الأب أن يزوج بكرًا بالغًا بغير إذنها ، فإن فعل فقد ذكرنا اختلاف قوله في ذلك ، ويستحب له أن يستأذنها ، وسكوتها إذنها، بعد أن تعرف أن سكوتها إذنها، فإن سكتت بعد معرفتها بذلك زوجت).

قال فيها[٤]: وإذا قال للبكر: إني مزوجك من فلان، فسكتت فذلك منها رضى.

قال غيره : إذا كانت تعلم أن السكوت رضى .

---

(١) في ب: الاختيار.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٢٧).

(٣) «البيان» (٤/ ٢٩٩).

(٤) «المدونة» (٢/ ١٠٢)، و«التهذيب» (٢/ ١٣٥).

وإن نفرت أو بكت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح، فلا تنكح مع ذلك. وأما الثيب فلاتنكح إلا بإذنها وإذنها قولها، فلايكون سكوتها قولاً منها في إنكاحها.

فظاهر قوله: «إذا كانت تعلم» أنه شرط.

وحمله أكثر الشيوخ على الاستحباب.

واختلف في قول المغيرة: [الغير][(١)] هل هو موافق لقول ابن القاسم أو خلاف ؟

فقيل: وفاق، قاله حمديس.

وذكر أن ابن القاسم [كان][(٢)] يقوله.

وقيل: خلاف، قاله سحنون وابن حارث، كلاهما حكاه ابن زرقون.

واختلف رأي أبي عمران فقال مرة بالأول ومرة بالثاني، ومرة بالوقف، حكى عنه الثلاثة المتيطي.

قوله: (وإن نفرت أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح فلا تنكح مع ذلك.

وأما الثيب فلا تنكح إلا بإذنها وإذنها قولها، ولا يكون سكوتها إذن منها في إنكاحها).

قال فيها[(٣)] [ابن][(٤)] شريح: فإن مَعَّصَت وجهها لم تنكح وفسر ذلك بلطم وجهها **[قاله][(٥)]، أبو إبراهيم.**

والصواب تفسير عياض[(٦)]، أي: قَطَّبَت وجهها وأظهرت فيه الكراهية.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: لا.

(٣) «المدونة:» (٢/ ١٠٣).

(٤) سقط من ب.

(٥) في أ: قال.

(٦) «التنبيهات» (٢/ ٥٥٣).

فصل: في الوكالة عن الرجل في النكاح:

وإذا وكَّل الرجل الرجُل على أن يخطب له امراة بعينها فسمى له صداقها فعقده جائز عليها.

وإن جعل إليه أن يزوجه مما يرى بما يرى من الصداق، فجائز إذا

وأقاموا منها: أن بكاءها يدل على عدم الرضى [كما][1] نَصَّ عليه الشيخ ، وعزاه عياض[2] لشيوخنا البغداديين وغيرهم.

وقيل: بل يدل على الرضا ونحوه في «كتاب محمد» لاحتمال أن يكون بكاؤها من أجل أنها تقول : لو كان أبي في الوجود ما كشفت هذا المكشف .

قال ابن مغيث : ونزلت واختلف فيها فقال بعضهم: لا يكون رضى.

وبه قال عبد الرحمن بن محمد بن [سلمة][3] .

وقال آخرون: هو رضى ووجهه بالاحتمال المذكور [، قال:][4] وبه نقول، وحكم بإمضائه فتدبره، فإنه من خفي العلم.

وكلام الشيخ يقتضي أنها لو ضحكت، فإنه يدل على الرضا، وهو كذلك، قاله ابن مغيث، وهو جليّ واضح .

وما زال شيخنا - حفظه الله تعالى -ينقل فيه الخلاف كالبكاء ولم أقف عليه.

وكان يوجهه: بأن ضحكها ازدراء منها [بمخاطبها][5].

قوله: (وإذا وكل الرجل الرجل على أن يخطب له امرأة بعينها وسمى لها صداقها فعقده جائز عليه ، وإن جعل له أن يزوجه ممن يرى بما يراه من الصداق فجائز إن

---

(١) في أ: لما.

(٢) «التنبيهات» (٢/ ٥٥٦-٥٥٧).

(٣) في ب: مسلمة.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب: بخاطبها.

زوجه ممن يشبه أن يكون من نسائه، وإن زوجه ممن لا يشبه أن يكون من نسائه، فلا يجوز.

فصل: إذن المرأة لوليها بعقد النكاح عليها من كفء لها:

وكذلك المرأة تأذن لوليها أن يعقد النكاح عليها من رجل بعينه، على صداق مقدر أو ممن رأى من الناس بما يراه من الصداق، فعقده جائز عليها إذا زوجها من كفء لها، وإن زوجها من غير كفء لها لم يجز ذلك عليها،..............

زوجه ممن يشبه نساءه ، وإن زوجه ممن لا يشبه أن تكون من نسائه فلا يجوز).

ما ذكره في المرأة المعينة واضح.

وما ذكره في تزويجه ممن يرى فالصواب أن يلزمه ، وإن كانت لا تشبه أن تكون من نسائه إلا أن يقال اللفظ العام يتخصص بالعرف فهو إنما [عمهم][1] له في عدم تعيين من يزوجه، لكنه مخصوص بمن يشبهه ، وأما إذا قال له: زوجني امرأة، ولم يقل: ممن ترى، ففي هذا الأصل اختلاف بين ابن القاسم وأشهب، ذكرا ذلك فيما إذا قال له : اشتر لي عبدًا، فاشترى له ما لا يليق به، ففي [خياره][2] قولان لابن القاسم وأشهب.

فصل: إذن المرأة لوليها بعقد النكاح عليها من كفء لها:

قوله: (وكذلك المرأة تأذن لوليها أن يعقد النكاح عليها من رجل بعينه على صداق مقدر، أو ممن رأى من الناس مما تراه من الصداق فعقده جائز عليها إذا كان زوجها من كفؤ لها وإن زوجها من غير كفؤ لها لم يجز عليها ذلك).

ما ذكره في الرجل بعينه واضح.

وما ذكره فيما إذا فوضت إليه هو قول ابن القاسم فيها[3] ومثله لمالك، حكاه المتيطي .

---

(١) في ب: عمم.

(٢) في ب: جوازه.

(٣) «التهذيب» (٢/ ١٤٨).

ولا يجوز أن يزوجها هو من نفسه وإن أطلقت له النكاح ممن يرى حتى يذكر لها نفسه فترضى به وتأذن له.

وفيها[(١)] **لمالك**: لا يلزمها ولم يختلفوا في المسألة [التي فوقها][(٢)] إنه يلزمه.

وفرق عبد الحق[(٣)]: بأن الرجل قادر على الحل بالطلاق؛ لأنه بيده بخلاف المرأة.

قوله: (**ولا يجوز أن يزوجها هو من نفسه، وإن أطلقت له النكاح ممن يرى حتى يذكر لها نفسه فترضى به وتأذن [له بنكاحها]**[(٤)]).

[ويستحب له أن يشهد عليها][(٥)]، وافق ابن القاسم مالكًا فيها في أنه لا يلزمه كما قال الشيخ، وهو إما بناء منه على أن المخاطب لا يدخل تحت الخطاب، وإما على أنه معزول بالعادة، لأنه مظنة تهمة بأنه يتزوجها بأقل من صداق مثلها، والأول [بيّن][(٦)].

وزعم ابن رشد[(٧)] أنه متفق عليه، وليس كذلك، بل قال اللخمي بعد أن ذكر قولها: وذكر ابن القصار قولًا آخر أن ذلك لازم لها، وقد اختلف في هذا الأصل إذا وكل رجل على البيع والشراء فباع أو اشترى من نفسه، وكذلك نقل ابن حارث [الخلاف][(٨)] فيما إذا زوجها من نفسه كاللخمي.

فإذا جمعت الفرعين جاءت الأقوال ثلاثة: ثالثها: قول ابن القاسم: يلزمها إلا من نفسه.

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٦٨).

(٢) في أ: إلى قولها.

(٣) «تهذيب الطالب» (٢/ ٣٥-أ).

(٤) في ب: في نكاحه.

(٥) سقط من ب.

(٦) في ب: أبين.

(٧) «البيان» (٤/ ٤٨٤).

(٨) سقط من ب.

باب: في إنكاح العبد والذمي والمرأة

فصل: في إنكاح العبد والمرأة:

قال مالك يرحمه الله: ولا يجوز لعبد أن يزوج ابنته ولا غيرها من أوليائه، وإن أَذِنَ في ذلك قرابتها .. وإذا كان العبد وصيًّا على أيتام، لم يجز أن يعقد النكاح عليهن بعد بلوغهن. وله أن يختار الأزواج، ويقدر الصداق، ثم يعقد النكاح أولياء المرأة أو السلطان.

والمرأة إذا كانت وصيًّا في النكاح بمنزلة العبد فيما ذكرناه كله.

باب: في نكاح العبد والذمي والمرأة

قوله: **(ولا يجوز للعبد أن يزوج ابنته ولا غيرها من أوليائه ، وإن أذن في ذلك قرابتها، وإذا كان العبد وصيًّا على أيتام لم يجز أن يعقد النكاح عليهن بعد بلوغهن، وله أن يختار الأزواج ويقدر الصداق ثم يعقد النكاح أولياء المرأة أو السلطان).**

شرط الولي أن يكون ذكرًا بالغًا حرًّا عاقلًا مسلمًا .

واختلف هل من شرطه أن يكون عدلًا أم لا؟ وهو المشهور .

ما ذكر الشيخ أنه لا ولاية لرقيق على ابنته ولا غيرها، مثله لابن الحاجب [(١)].

قال ابن عبد السلام: ولا أعلم الآن في ذلك خلافًا على أن ظاهر كلام أصبغ يدل على وجود الخلاف فيه لقوله: لا ميراث في النكاح الذي تولى العبد عقدته ، وإن فسخ بطلقة لضعف الاختلاف.

قلت: الذي وقع في نفسي أنه إنما قصد به خارج المذهب؛ لأن مراعاة الخلاف لا يقتصر فيه على الخلاف المذهبي لا سيما الميراث.

قوله: **(والمرأة إذا كانت وصية في النكاح بمنزلة العبد فيما ذكرناه كله) .**

قال فيها[(٢)]: «ولا تعقد المرأة النكاح على أحد من الناس ولا لابنتها ولكن

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٨).

(٢) «المدونة» (٢/ ١١٦)، و«التهذيب» (٢/ ١٥١).

فصل: في زواج العبد:

ولا يجوز للعبد أن يتزوج إلا بإذن سيده فإن أذن له سيده في النكاح جاز عقده .

تستخلف رجلًا يعقد لها النكاح إن كانت وصية».

فظاهرها: إذا نص لها على الإجبار أن الجبر لها، وتوكل من يعقد لها خاصة، وإليه ذهب بعض شيوخنا.

وقيل: بل تستخلف من يجبر ويعقد ، قاله شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى- والقولان وجدتهما بخط بعض أصحابنا عنهما .

ويجريان في العبد. والله أعلم.

ووقع في أحكامي بباجة في امرأة لها ولي غائب فبعث لها بوكالة أذن لها فيها أن توكل غيرها على عقد نكاحها فأجريتها على هذه المسألة بجواز ذلك لها؛ إذ لا فرق بين أن توكل على من هي عليه، أو توكل على من يعقد عليها، لأن توكيلها إنما هو لجعل ما جعل لها فيهما .

واختلف الشيوخ في معنى قولها : «من الناس» :

فقيل : يريد من الإناث ، وأما من الذكور فتعقد لقول «الواضحة» و«العتبية» وغيرهما أن الولاية إنما تشرط في المرأة خاصة .

قال المتيطي: وهو المشهور المعمول به .

وقيل: إن المرأة لا تعقد على ظاهرها، قاله غير واحد كالقاضي عبد الوهاب[1] وعبد الحميد وابن سعدون.

قوله: (ولا يجوز للعبد أن يتزوج إلا بإذن سيده ، فإن أذن له سيده في النكاح جاز عقده).

لا يريد بالعبد القن خاصة بل هو ومن فيه شائبة رقٍّ كالمدبر والمعتق بعضه.

---

(١) «الإشراف » (٢/ ٦٨٦)، و«المعونة» (٣/ ٧٣٠).

وإن تزوج بغير إذن سيده، ثم السيد علم بذلك، فله فسخ عقده إن شاء، وله ترك فسخه. وفسخه إن فسّخه بطلاق.

فصل: زواج الأمة بغير إذن سيدها:

وإن تزوجت أمه بغير إذن سيدها، فإنه على وجهين: إن باشرت العقد بنفسها لم يجز بوجه نكاحها وإن أجازه سيدها.

قوله :(وإن تزوج بغير إذن سيده ثم علم السيد بذلك فله فسخ عقده إن شاء وله ترك فسخه، فإن فسخه ففسخه بطلاق، وإذا زوجت أمة بغير إذن سيدها فإنه على وجهين إن باشرت العقد بنفسها لم يجز بوجه نكاحها وإن أجازه سيدها).

ما ذكر أن له أن يفسخه لا خلاف فيه؛ لأن التزويج عيب فللسيد إزالته .

وما ذكر أن له أن يجيزه، هو المشهور .

وقال الأبهري: القياس أن يفسخ؛ لأنه نكاح انعقد على خيار .

واعلم أنه لا يشترط أن يكون رضا السيد نطقًا ، بل إذا علم السيد بدخول عبده على امرأته وسكت فلا كلام له، قاله في «العتبية»[(١)].

قال ابن رشد[(٢)]: ولا [يدخلها][(٣)] الاختلاف في السكوت هل هو إذن أم لا؟

وما ذكر أن فسخه إذا اختاره يكون بطلاق هو المنصوص.

قال اللخمي: وعلى ما قال الأبهري يكون فسخًا ، وعلى الأول فذكر فيها[(٤)] قولين :

الأول: لمالك: للسيد أن يطلق واحدة ابتداء أو طلقتين جميع طلاق العبد.

الثاني: لا تطلق إلا واحدة؛ لأن الواحدة تبينها قاله أكثر الرواة .

قال اللخمي: واستحسن أن تكون الطلقة رجعية إن عتق في العدة .

وقال مالك مرة في الأمة : تعتق وزوجها عبد فتختار نفسها ثم يعتق زوجها في

---

(١) انظر: «البيان» (٤ / ٤٥٩).

(٢) «البيان» (٤/ ٤٥٩).

(٣) في ب: يدخله.

(٤) «التهذيب» (٢/ ١٥٨).

وإن جعلت أمرها لرجل فزوجها فعلى **روايتين**.

إحداهما: أنه كنكاح العبد إن شاء السيد فسخه، وإن شاء تركه.

والرواية الاخرى: أنه باطل على كل حال، ولا يجوز بإجازة السيد له.

فصل: طلاق العبد ومراجعته بنفسه دون سيده:

وإذا أذن السيد لعبده في النكاح، فليس له فسخ عقده بعد إذنه. وكذلك لو زوج عبده من أمته باختياره أو بغير اختياره لم يكن له فسخ نكاحه، والأمر في ذلك

العدة أن له الرجعة.

قوله: (**وإن جعلت أمرها إلى رجل فزوجها فعلى روايتين** :

إحداهما: **أن نكاح العبد إن شاء السيد فسخه ، وإن شاء تركه.**

والرواية الأخرى: **أنه باطل على كل حال ولا يجوز بإجازة السيد له**) .

الرواية الثانية هي المشهورة ، والمنصوص في المجبرة ذات الأب أنه يفسخ ولو رضيت، وخرج اللخمي الرواية الأولى فيه، وفي ابن عبد السلام ما يرده وهو قوله: «الفرق عند هذا القائل بين الحرة والأمة هو أن الغالب من حال الأمة صلاحية كل أحد لها وأنه كفؤ لها فلم يبق إلا إلحاق عيب النكاح بها ، وذلك من حق السيد فإذا رضيته لزمه ومضى النكاح .

ولم يتعرض لتخريج اللخمي مجال بل قال: لا أعلم إلا أن من يقول إذا رضي به لا يمضي .

وقال شيخنا . حفظه الله تعالى : للخمي أن يقول: عندي ما يجريه به هذا الفرق وهو أن تسلط السيد على الأمة أشد فالتخريج أحروي .

ونقلته في درس شيخنا أبي مهدي . رحمه الله تعالى . فلم يرتضه قائلًا: يمنع ، إنه أشد بالنسبة إلى الفرج، بل هما سواء،والزائد على ذلك أمر زائد وكلامنا إنما هو في الأول.

قوله: (وإذا أذن السيد لعبده في النكاح فليس له فسخ عقده بعد إذنه ، وكذلك لو زوج عبده من أمته باختياره أو بغير اختياره لم يكن له فسخ نكاحه ،والأمر في ذلك

إلى العبد دون السيد. وإذاطلق العبد زوجته فله رجعتها، وإن كره ذلك سيده. وإذا زوج عبده من أمته ثم باعهما جميعًا أو أحدهما فهما على النكاح، ولا يفسخ نكاحهما ببيعهما، ولا ببيع أحدهما. فإن كان المشتري عالمًا بالنكاح فهو عيب قد رضي به، وإن لم يعلم بذلك فله الخيار في رد البيع أو إمضائه. فأما النكاح فإنه ثابت على كل حال.

إلى العبد دون السيد).

ظاهره: ولو بدا للسيد قبل العقد أنه لا يفسخ وهو بيّن؛ لأنه حق تعلق للعبد فليس للسيد فيه رجوع .

وفي هذا الأصل خلاف فيما إذا أذن لعبده في الاعتكاف ثم بدا له قبل الدخول فيه:

فقيل: له ذلك، قاله ابن شعبان[1] .

وقيل: لا، قاله أبو عمران.

وكذلك اختلف إذا أذن له في الحج ثم بدا له قبل إحرامه، فروي عن مالك: أن له ذلك.

واختار اللخمي خلافه .

قوله: (وإن طلق العبد زوجته فله أن يراجعها وإن كره ذلك السيد ، وإن زوج عبده من أمته ثم باعهما جميعًا أو واحدًا منهما فهما على النكاح ولا يفسخ نكاحهما ببيعهما ولا ببيع واحد منهما ، وإن كان المشتري عالمًا بالنكاح فهو عيب قد رضي به).

يعني: إذا كان الطلاق رجعيًا ، وأما البائن فلا إلا بإذنه، والله أعلم.

قوله: (وإن لم يعلم بذلك فله الخيار في رد البيع وإمضائه وأما النكاح فهو ثابت على كل حال) .

وكذلك لو تزوج العبد بغير إذن سيده ثم باعه ولم يعلم فإنه ليس للمبتاع فسخه،

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٤٤٦).

فصل: في ولي المرأة التي أسلمت:

وإذا أسلمت المرأة على يدي رجل فلا ولاية له عليها في نكاحها ولا غيره، والحاكم يعقد نكاحها أو من يجعل الحاكم ذلك إليه.

فإما رضيه أو رده فيفسخ البائع نكاحه، قاله فيها [1].

وأقام بعضهم منها: أن من أحدث عليه ضرر في ملكه ولم يعلم وباعه واطلع عليه المشتري أنه ليس له قطع الضرر وليرد البائع إن شاء.

واختلف إذا باعه بعد علمه:

فقيل: للمشتري مقال.

وقيل: لا .

وقيل: إن خاصم البائع ثم باع فللمشتري مقال وإلا فلا .

واختلف إذا علم المشتري بنكاحه، فأقره ورضي به ثم اطلع على عيب قديم: **فقيل:** إنه إذا رده بالعيب القديم رد معه ما نقصه للنكاح؛ لأنه لما رضي به صار كأنه حدث عنده ، حكاه ابن يونس [2] عن بعض فقهائنا ، قال: ونحوه لأبي عمران، وهو بيّن.

وقيل: إنه لا يرد ما نقصه ، قاله بعض المذاكرين لابن محرز .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : يتخرج ذلك على القولين في الرد بالعيب، فمن رأى أنه نقص بيع فليس على المشتري ما نقصه فتحصل في المسألة ثلاث مقالات :

ثالثها: [الإجزاء][3] المذكور.

قوله: (**وإذا أسلمت امرأة على يدي رجل فلا ولاية له عليها في نكاحها ولا غيره ، والحاكم يعقد نكاحها أو من يجعل الحاكم ذلك إليه** .

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٢٤).

(٢) «الجامع» (٤/ ١٩٧).

(٣) في أ: الأجر.

وإن كانت دنية جاز أن يزوجها رجل من المسلمين بإذنها إن كان ذا دين ونظر، وإلا فلا.

فصل: في إنكاح المسلم أقاربه وعبيده المخالفين له في الملة:

ولا ولاية لمسلم على أخته أو ابنته النصرانية وكذلك سائر أقاربه المخالفين

وإن كانت دنيئة جاز أن يزوجها رجل من المسلمين بإذنها إذا كان ذا دين ونظر وإلا فلا).

قال في «التهذيب»(١): وإذا وكلت المرأة الدنيئة مثل المعتقة والمسالمة والسوداء والمسكينة أجنبيًّا فزوجها وهي ببلد لا سلطان فيه أو فيه سلطان يعسُر عليها تناولُه ولا ولي لها جاز ذلك .

وكذلك إن ولّت من أسلمت على يديه ، وذلك فيهن أخف منه في ذوات القدر.

واعلم أن قوله: «وهي ببلد لا سلطان فيه» هو في كل الروايات .

وأما قوله: «أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله» فقال المتيطي: هكذا اختصرها بعض المختصرين «يعسر عليها تناوله» ولم يذكر في الأمهات هذا اللفظ ، وإنما هو في «كتاب محمد» ،وعليه اختصر أبو محمد(٢).

وكلام الشيخ فيه المخالفة لما فيها من وجهين:

أحدهما: إن ظاهرها يقتضي أن هذه دنيئة ليس إلا يدل عليه قوله ، وذلك فيهنَّ أخف منه في ذوات القدر.

وكلام الشيخ يقتضي: أنها تارة تكون دنيئة ،وتارة تكون ذات قدر .

الثاني: ظاهرها أن النكاح إذا وقع يمضي [لا أنه](٣) يجوز ابتداء، وَصَرَّحَ الشيخ بجوازه في الدنيئة ابتداء، فتأمل ذلك.

قوله: (ولا ولاية لمسلم على أخته ولا ابنته النصرانية ، وكذلك سائر أقاربه المخالفين

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٤٦).

(٢) «اختصار المدونة» (٢/ ٢٤٢).

(٣) في أ: لأنه.

له في ملته، ولا يجوز عقده عليهن من مسلم ولا كافر ويجوز عقد المسلم على عبده وأمته النصرانيين. ويجوز أن يزوج أحدهما من الآخر. ولا يجوز أن يزوج أمته الذمية

له في ملته).

ما ذكره هو المشهور.

وقيل: إن ولايته جائزة.

وأما عكس [المسألة][(١)] وهي: إذا كان الولي كافرًا ووليته مسلمة فإنه لا ولاية له بالاتفاق عند ابن حارث وابن بشير [(٢)]، وزعم ابن الحاجب[(٣)] أن الاتفاق إنما هو في غير كفر الجزية ، وأما كفر الجزية ففيه خلاف ولفظه: والمشهور أن كفر الجزية من الولي يسلب الولاية عن المسلمة كغيره .

وأنكر عليه أهل تونس وجود القول الشاذ حتى قدم الشيخ الفقيه الصفاقسي مختصر أبي حيان فوجدهم قد أنكروه، فعرّفهم بأنه في ابن بطال عن أصبغ فنظروه فوجدوه .

وقال خليل[(٤)]: **في قوله**: «كفر الجزية» نظر؛لأن المشهور عنده أن كل كافر تؤخد منه الجزية إلا [المرتد][(٥)] فليس ثَمّ كافر لا تؤخد منه الجزية .

وما ذكره عندي لا نظر فيه، وقصد به من تؤخذ منه الجزية بإجماع وهم أهل الكتاب والخلاف إنما هو في غيرهم.

قوله: **(ولا يجوز عقده عليهن من مسلم ولا كافر، ويجوز عقد المسلم على عبده وأمته النصرانيين، ويجوز أن يزوج أحدهما من الآخر، ولا يجوز أن يزوج أمته الذمية**

---

(١) في الأصل: المسلمة وما أثبتناه في ب .

(٢) «التنبيه» (٢/ ٣٣-أ).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٨).

(٤) «التوضيح» (٣/ ١٧٠).

(٥) في أ: المرأة.

من مسلم.

وكذلك عبيده وإماؤه المجوس يجوز أن يعقد النكاح عليهم من أمثالهم ومن أهل الكتاب.

من مسلم، وكذلك عبده وأبناؤه المجوس يجوز أن يعقد النكاح عليهم من أهل الكتاب ومن أمثالهم).

يريد : ويفسخ .

وما ذكره فيها إذا زوجها من مسلم هو الصحيح .

وقيل: إنه لا يفسخ.



باب: ما يجوز عقد النكاح به من الصداق

فصل: ما يجوز أن يكون صداقًا:

ولا يجوز النكاح إلا بقدر من المال مخصوص وهو ربع دينار من الذهب أو

باب: ما يجوز عقد النكاح به من الصداق

قوله: (ولا يجوز عقد النكاح إلا بقدر من المال مخصوص هو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو عرض يساوي أحدهما).

صَرَّحَ ابن الحاجب[1] وغيره بأن الصداق أحد أركان النكاح، وهو مشكل.

والصواب: أنه غير ركن في صحيح النكاح، والدخول على إسقاطه مناف له للاتفاق على جواز نكاح التفويض.

وظاهر كلام الشيخ: ولو زوج أمته من عبده، وهو كذلك.

قال فيها [2]: ولا يزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق.

وما ذكره في أقل الصداق هو المشهور، وأحد الأقوال الأربعة.

وقيل: تعتبر القيمة بالدراهم فقط، نقله المتيطي عن ابن شعبان في «زاهيه»[3].

ونقله اللخمي بلفظ: قيل: قال: وهو موافق لقول ابن القاسم في نصاب السرقة، ومثله للتونسي.

وقال ابن وهب في «الواضحة»: يجوز بأدنى من درهمين، وما تراضى عليه الأهلون.

كذا نقله المتيطي، ونقله اللخمي عنه: يجوز بالدرهم، والنعل والسوط.

وقال ابن عبد البر عنه[4]: يجوز بنصف الدرهم.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٧).

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٦٢).

(٣) «الزاهي» (ص/ ٤٤٢).

(٤) «الاستذكار» (٥/ ٤٠٧).

ثلاثة دراهم من الورق أو عرض يساوي أحدهما.

ويكره النكاح بإجار عبد أو سكنى دار، أو صنعة في سلعة، أو شيء من الإجارات كلها.

ولا يجوز النكاح على عبد آبق أو بعير شارد، ولا جنين في بطن أمه أو شيء

فصارت الأنقال عن ابن وهب ثلاثة.

ولما ذكره ابن عات بلفظ: يجوز ولو بدرهم واحد ، قال : وبه قال من المتأخرين منذر بن سعيد البلوطي.

وأما أكثره فلا حد فيه بلا خلاف؛ لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴾ .

الباجي[1] : **عن ابن الجلاب** : ولا أحب الإغراق في كثرته .

قلت: ولم أجده في «التفريع» ولم يتعقبه ابن زرقون، ولم يعزه المتيطي إلا لنقل ابن الهندي في قوله: ونهى عن المغالاة.

قوله: (ويكره النكاح بإجارة عبد أو سكنى دار أو صنعة في سلعة أو بشيء من الإجارات كلها ، ولا يجوز النكاح على عبد آبق أو بعير شارد أو جنين في بطن أمه أو شيء من الغرر كله).

ما ذكر من الكراهة به قال مالك، وعنه: أنه ممنوع ،وبكل منها قال ابن القاسم أيضًا.

وقيل: إنه جائز ، قاله أصبغ وعزا له ابن رشد[2] الكراهة، فذكر ثلاثة أقوال:

الكراهة، وعدم الجواز، والفرق بين أن يكون مع المنافع نقد أم لا؟ فتحصل أربعة أقوال.

وسبب الخلاف: اختلاف الأصوليين في شرع من قبلنا هل هو شرع لنا أم لا ؟ وقد ثبت نكاح موسى عليه السلام ابنة شعيب على منافع .

---

(١) «المنتقى» (٣/ ٢٨٢).

(٢) «البيان» (٤/ ٢٧٧).

من الغرر كله.

وأما حديث: «قد أنكحتها بما معك من القرآن»(١) فقال أبو محمد بن أبي زيد(٢) والأبهري: إنه خاص بذلك الرجل دون غيره .

وقال العراقيون: هو عام له ولغيره .

قال الباجي(٣): وهو الأظهر لفظًا ومعنى.

ولما ذكر ابن الحاجب الخلاف ابتداء قال : فإن وقع مضى على المشهور .

ابن عبد السلام: هذا يدل على أن المشهور في حكمه ابتداء الكراهة دون التحريم، والجواز؛ لأن ذلك من لوازم الكراهة.

قلت: فيه نظر؛ لاحتمال أن يكون عنده المنع هو المشهور لكن بعد الوقوع يراعى الخلاف فيمضي .

ويدل على ذلك كونه قدم المنع فقال: منعه مالك وكرهه ابن القاسم وأجازه أصبغ.

واختلف هل يجوز أن يبني بها قبل استيفاء المنافع أم لا؟

فظاهر قول أشهب: الجواز.

وقال ابن القاسم: يمنع إلا أن يقدم ربع دينار .

قوله: (ولا على ثمرة قبل بدو صلاحها على تبقيتها).

ما ذكر من أنه لا يجوز لا أعلم فيه خلافًا .

ولا مفهوم لقوله: « على تبقيتها» بل وكذلك إذا وقع الأمر مبهمًا على أصل البغداديين .

وظاهرها في «البيوع الفاسدة» أنه يصح ويحمل على الجد والأول هو أصل المشهور في البيع المحتمل للصحة والفاسد ، وَنَصّ عليه فيها في «كتاب الرواحل»

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣١٠)، ومسلم (١٤٢٥)من حديث سهل بن سعد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) «النوادر» (٤/ ٤٩٠).

(٣) «المنتقى» (٣/ ٢٦٤).

ولا على ثمرة قبل أن يبدو صلاحها على تبقيتها،.........
وكل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به.

وقد يجوز النكاح بما لا يجوز بيعه، وهو جوازه على الوصف مثل: عبد مطلق أو أمة مطلقة أو عبيد أو إماء مطلقين غير موصوفين ويرجع في ذلك إلى الغالب من رقيق البلد الذي عقد فيه النكاح، فإن كان مختلفًا أخذ وسطه، ويجوز النكاح على الفرش والجهاز، ويرجع في ذلك إلى عُرف الناس في البدوي

خلافًا لابن حبيب في ذلك ، ويأتي الحكم في فسخه بعد حيث تكلم عليه الشيخ إن شاء الله تعالى.

قوله: (وكل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به ، وقد يجوز عقد النكاح بما لا يجوز بيعه وهو جوازه على الوصفاء مثل عبد مطلق أو أمة مطلقة أو عبيد أو إماء مطلقين غير موصوفين ، ويرجع في ذلك إلى الغالب من رقيق البلد الذي عقد فيه النكاح ، فإن كان مختلفًا وجب وسطه.

ويجوز النكاح على الفرش والجهاز ويرجع في ذلك في البدوي والقروي).

هذه الكلية مطردة ،وما ذكره من الجواز في عكسه .

وظاهره [بدأً مثله][١] في «**التلقين**»[٢] وهو ظاهر بقول عياض[٣] عن ابن القصار، وفي المسألة أربعة أقوال:

أحدها هذا .

وقيل: لا يجوز إلا بعد الوقوع ، وهو ظاهرها .

وقيل: لا يجوز أن تنكح على خادم حتى يبين جنس الأمة، فيكون عليه الوسط من ذلك الجنس، قاله سحنون.

وقيل: لا يجوز إلا على مقدار معلوم ، قاله ابن عبد الحكم .

---

(١) في أ: به أمثلة.

(٢) «التلقين» (١/ ١١٥).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٦٢١).

والقروي.

ومن نكح امرأة على شورة بيت - وهو جهاز البيت - فإن كان بدويًا فعليه

وقال ابن محرز: إن كان للنكاح جنس معتاد جاز وإلا فسد.

وقال بعض شيوخنا[(١)]: انظر ما ذكره هل هو خامس أم لا ؟

قوله: (ومن نكح امرأة على شوار بيت - وهو جهاز البيت - فإن كان بدويًّا فعليه شوار أهل البادية، وإن كان حضريًّا فعليه شوار أهل الحاضرة).

الشوار: بفتح الشين وهو متاع البيت كما قال الشيخ.

ولو تزوجها ببيت على أن يبنيها للمرأة فإن كانت بقعة بعينها في ملكه ووصف الطول والعرض والبناء فذلك جائز، قاله أبو عمران.

وأما إن كان الذي يبنيه مضمونًا عليه فقد أفتى الشيخ أبو محمد[(٢)] أن ذلك لا يجوز.

ابن يونس[(٣)] : لأنه يصير إلى السلم في معين، وهو ظاهر «الواضحة»، وفي «الموازية» خلافه.

ولو تزوجها بنصف عرصة على أن يبنيها بناء تواصفاه:

فقال بعض الأندلسيين : لا يجوز .

وأفتى ابن رشد[(٤)] بالجواز على قول ابن القاسم بجواز البيع والإجارة في البيع .

قلت: قال بعض شيوخنا[(٥)]: ولا يتخرج على قول سحنون بمنع البيع والإجارة [في المبيع][(٦)]؛ لأن النكاح أخف .

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٣٢٢).

(٢) «النوادر» (٤/ ٤٥٢).

(٣) «الجامع» (٤/ ١٩٥).

(٤) «البيان» (٤/ ٢٨٥).

(٥) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٣٢٣).

(٦) سقط من ب.

شورة أهل البادية، وإن كان حضريًا فعليه شورة أهل الحاضرة.

فصل: الصداق المنقوص أو الفاسد:

ومن نكح امرأة على درهمين فإن دخل بها أكمل له ثلاثة دراهم، ولا يفسخ

ولابن فتحون: إن تزوجها بعرصة على أن عليه بناءها ولم يسم، فعليه أن يبني لها دارًا وسطًا من دور مثلها، وثم النكاح.

قوله: (ومن نكح امرأة على درهمين فإن دخل بها أكمل لها ثلاثة دراهم ولم يفسخ النكاح).

ما ذكره هو قول ابن القاسم فيها مراعاة للخلاف وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: يمضي النكاح ويكون لها مهر مثلها، قاله ابن الماجشون في نقل الباجي[1]، وعليه اختصر أبو محمد[2] وغيره قول الغير فيها [3].

وقيل: يفسخ ولو بعد البناء ويكون لها مهر المثل أيضًا، وهو اختصار البراذعي[4] وابن أبي زمنين وغيرهما، **قول [الغير]**[5]: وهو جار على أحد الأقوال أن [الفساد][6] في الصداق [كالفساد][7] في العقد.

وبهذه المسألة وأشباهها تعلم أن قول عياض في «مداركه»[8] لما عَرَّفَ بأبي سعيد البراذعي بأنه [بمنجاة][9] مما تعقبه عليه عبد الحق؛ لأنه تابع لابن أبي زيد في «مختصره» ضعيف لما ذكرناه.

---

(١) «المنتقى» (٣/ ٣٣٩).

(٢) «اختصار المدونة» (٢/ ١٠).

(٣) «المدونة» (٢/ ١٤٧).

(٤) «التهذيب» (٢/ ١٣٣).

(٥) في ب: المغيرة.

(٦) في ب: الفاسد.

(٧) في ب: كالفاسد.

(٨) «ترتيب المدارك» (٧/ ٢٥٨).

(٩) في أ: كان.

النكاح ....

وأيضًا فإن من ارتضى قولًا [فالإيراد على الأول وارد][1]على الثاني .

وأما لو اطلع على هذا النكاح قبل البناء:

فقال ابن القاسم فيها[2] : هو مخير إما أتمَّ لها ثلاثة دراهم وإلا فسخ.

واستشكله ابن عبد السلام بقوله: لا شك أن هذا النكاح خارج عن مقتضى الدليل؛ لأن النكاح إن وقع صحيحًا بهذا القدر من الصداق فلا [ينظر][3] فيه، وإن وقع فاسدًا فلا يكفي في تصحيحه تتميم ربع دينار بعد وقوعه فاسدًا.

قوله: (**وإن طلقها قبل الدخول بها لزمه درهم واحد**). إلى آخره.

ما ذكره هو المشهور.

وحكى ابن بشير[4] قولًا منصوصًا: أنه لا شيء لها.

ولم يحفظه اللخمي بل قال: وعلى ما ذكره سحنون لا يكون لها شيء .

أبو إبراهيم: يعني بقول سحنون قول الغير بالفسخ.

المغربي: يحتمل أن يكون الغير هو سحنون.

قلت: الصواب الأول؛لأن قول الغير عبر عنه بـ«بعض الرواة» فأراد بقوله: (وعلى ما ذكره سحنون أي: ما نقله، وقد فسره المتيطي بابن الماجشون .

وما ذكره من التخريج رد بما يأتي لابن الكاتب.

واختلف إذا وقع الفسخ قبل البناء لعدم [تملكه][5] الثلاثة الدراهم:

فقال محمد: لها نصف الدرهمين.

وقال [التلباني][6]: لا يكون لها شيء، ورجحه ابن الكاتب؛ لأنه فسخ بيِّن وليس

---

(١) في ب: فلا يراد على الأول وأراد.

(٢) «المدونة» (٢/ ١١١).

(٣) في ب: ينتظر.

(٤) «التنبيه» (٢/ ٣٧-ب).

(٥) في ب: تكملة.

(٦) في أ: البلياني.

وإن طلقها قبل الدخول بها لزمه درهم واحد ولم يفسخ النكاح.

ومن تزوج امرأة على عرض موصوف ثم دفعه إليها، فاستحق من يدها فعليه مثله، وإن نكحها على عرض بعينه ثم دفعه إليها، فاستحق من يدها

الفسخ كطلاقه إياها.

قوله: (ومن تزوج امرأة على [عرض][(١)] موصوف ثم دفعه إليها فاستحق من يديها فعليه [مثله][(٢)]، وإن نكحها على [عرض][(٣)] بعينه فاستحق من يديها فعليه قيمته).

إنَّما كان عليه في الأول المثل؛ لأنه في الذمة .

وما ذكر أنه يرجع في الثاني بقيمته فلا خصوصية فيه بالاستحقاق بل وكذلك [إذا وجدته][(٤)] معيبًا .

وصور المسألة فيها بالعبد ولا فرق، فقال[(٥)]: وإن نكحها على عبد بعينه فألفته معيبًا [فردته][(٦)] أو استحق رجعت على الزوج بقيمته.

وفي «كتاب المدنيين» فيما إذا استحق يرجع بمثله .

وظاهرها: وإن استحق بحرية ويأتي فيه الخلاف لنقل الشيخ.

وما ذكره [فيها][(٧)] فيما إذا وجدته معيبًا هو المشهور .

وقال **اللخمي** : **وقيل:** ترجع بصداق المثل كالبيع .

وفي «مختصر ما ليس في المختصر»: ترجع بمثل العبد .

وقاله ابن كنانة.

---

(١) في ب: عوض.

(٢) في ب: قيمته.

(٣) في ب : عوض .

(٤) سقط من ب.

(٥) «التهذيب» (٢/ ١٨٥).

(٦) سقط من الأصل، والمثبت من «التهذيب».

(٧) سقط من ب.

فعليه قيمته.

ومن تزوج امرأة بصداق فاسد صح العقد وبطل الصداق، فإذا دخل بها فلها مهر مثلها، وإن طلقها قبل الدخول بها، فلا شيء لها.

فصل: في تقديم الصداق قبل الدخول وتأخيره بعده:

ويستحب لمن تزوج امرأة أن ينقدها صداقها أو ربع دينار منه قبل الدخول بها، فإن دخل بها قبل نقدها، فلا شيء عليه في التأخير لها.

ولو قيل: إن لها الأقل من قيمته أو صداق المثل لكان وجهًا إلا أن يعلم أنها لو تزوجت [بغيره][(١)] لم ترض إلا أن يكون مثل قيمة العبد.

واختلف إذا استحق من يدها بعد الدخول هل لها أن تمنع زوجها من التمادي على وطئها حتى يوفيها على أربعة أقوال:

فقيل: يمنع.

وقيل: لا.

وقيل: إن غرها فالأول وإلا فالثاني.

وقيل: إن استحق كله فالأول، وإن بقي منه ما يسوي ربع دينار فالثاني.

قوله: (**ومن تزوج امرأة بصداق فاسد صح العقد وبطل الصداق، فإن دخل بها فلها مهر مثلها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلا شيء لها**).

في كلامه - رحمه الله- قلب، ويعني: أن العقد يصح ولا يفسخ إن دخل، ويكون لها صداق المثل.

وأما إن لم يدخل فإنه يفسخ النكاح ولا شيء لها كما صرح به الشيخ بعد، ويأتي ما في المسألة من الخلاف هنالك إن شاء الله تعالى.

قوله: (**ويستحب لمن تزوج امرأة أن ينقدها صداقها أو ربع دينار منه قبل الدخول بها، فإن دخل بها قبل أن ينقدها فلا شيء عليه في التأخير له**).

---

(١) في أ: يعني.

....

ما ذكر الشيخ نحوه في «كتاب محمد »: لا يدخل حتى يقدم ربع دينار؛ لأنه يخاف أن يصيبها ثم تتصدق عليه بصداقها ،والمراد به الكراهة.

وروي عن مالك الجواز، وأخذه ابن عبد السلام من قولها[(١)] : «وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها».

[فجعل][(٢)] ذلك من حقها فيجوز كالبيع .

وأخذ عبد الحميد الصائغ منها: إذا اختلف البائع والمشتري في البداية بدفع الثمن أو السلعة أنه [بيد][(٣)] المشتري.

ورده بعض شيوخنا[(٤)]: بأن تسليم [البعض][(٥)] ملزوم لتفويته .

وإذا فَرَّعْنَا على أنه لا يدخل حتى يقدِّم ربع دينار ففي دخوله بالهدية [وكراهته][(٦)] قولان لمالك وابن القاسم .

وكذلك اختلف في دخوله [بالحميل][(٧)] على قولين أيضًا .

❊ ❊ ❊

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١١).

(٢) في ب: فيجعل.

(٣) في ب: يبدأ.

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٨/ ٤٦٨).

(٥) في ب: «البضع» ، وفي «المختصر الفقهي» : عوض المرأة.

(٦) في ب: والكراهة.

(٧) في ب: بالجهل.

باب: ما يسقط الصداق

فصل: في أسباب سقوط الصداق:

قال مالك يرحمه الله: ومن تزوج أمة ثم اشتراها قبل الدخول بها انفسخ نكاحها وسقط عنه صداقها.

باب: ما يسقط الصداق

قوله: (ومن تزوج أمة ثم اشتراها قبل الدخول بها انفسخ نكاحها وسقط عنه صداقها).

مثله فيها[1] ، وزاد: وإن قبضه السيد رده؛ لأن الفرقة جاءت من قبله .

وقال ابن عبد السلام: حكى ابن الجلاب وجوب نصف الصداق، وهو يشبه مذهب سحنون في أن الفرقة في شراء أحد الزوجين صاحبه بطلاق.

وما نقله عنه اعترضه بعض شيوخنا بقوله : لم أجده فيما رأيته من نُسَخِه .

قلت ولما ذكر المغربي عنه ما شرحنا عليه قال : كذا هو في النسخ الصحيحة من كتابه .

قال هو وأبو إبراهيم، ونقل عنه ابن يونس[2] وابن رشد[3] في «كتاب اللعان»: أن لها النصف، ولا ينقلا إلا برواية [فإن][4] هذا إنما نقله ابن عبد السلام لم يختص به فيعترض عليه بذلك.

وهذا إذا باعها السيد من نفسه ، وأما لو باعها عليه الحاكم:

فروى ابن زيد عن ابن القاسم في «العتبية» فيمن زوج أمته ففلس السيد فباعها عليه السلطان فاشتراها زوجها أن الصداق للبائع .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٥١).

(٢) «الجامع» (٤/ ٢٠١).

(٣) «البيان» (٤/ ٣٤٣).

(٤) في ب: فبان.

وإن تزوج عبد أمة ثم عتقت تحته قبل دخوله بها فاختارت نفسها؛ سقط صداقها.

ابن يونس[١] : يريد نصف الصداق لانفساخ النكاح بالشراء ولا يرجع به الزوج؛ لأن السلطان هو الذي باعها بخلاف بيع السيد.

وعاب أبو عمران الرواية وضعفها، وقال: اختلف في ذلك قول ابن القاسم.

وقد روى لنا الباجي[٢] عن سماع عيسى: بيع السلطان كبيعه.

قوله: (وإذا تزوج عبد أمة ثم عتقت تحته قبل أن يدخل بها فاختارت نفسها سقط صداقها عنه).

لأن الفرقة جاءت من قبلها.

ويقوم من كلام الشيخ: أن من قتل أمته قبل بناء زوجها بها أنه يسقط مهرها عنه.

وفي «الموازية»: أنه لا يسقط .

وألزم اللخمي عليه لو كانت حرة قتلت نفسها قال: والقياس سقوطه فيهما كما لو منعت نفسها وطلبت مهرها.

وما ذكر من القياس رده بعض شيوخنا[٣]: بأن العداء في منعها نفسها تعلق بنفس عوض المهر وهو المتعة ، وفي صورتي القتل إنما تعلق بغيره وهو ذات الزوجة ويدل على ذلك قول «سرقتها»[٤]: لو أقر شهيدًا الطلاق قبل البناء بالزور غرما نصف المهر.

وفي «رضاعها»[٥]: لو تعمدت امرأة رجل إرضاعها زوجة أخيه فسخ النكاح ولا مهر.

---

(١) «الجامع » (٤/ ٢١٦).

(٢) «المنتقى» (٣/ ٢٨٤).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ١٦٦).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٤٤).

(٥) «التهذيب» (٢/ ٤٤٩).

ولو خير رجل أمرأته أو مَلَّكها أمرها، فاختارت نفسها قبل الدخول بها لم يسقط صداقها؛ لأن الطلاق كان من جهة الرجل لا مِنْ جهتها.

ولو ارتدت قبل الدخول بها سقط صداقها. وكذلك لو ارتد زوجها. ويتخرج فيها قول آخر: أن لها نصف صداقها.

ولو لاعَنَها قبل الدخول بها سقط صداقها.

قوله: (ولو خير الرجل امرأته أو ملَّكها أمرها فاختارت نفسها قبل الدخول بها لم يسقط صداقها ؛ لأن الطلاق من جهة الرجل لا من جهتها).

لأن الفرقة جاءت من قبله، وكأنه وكل على الطلاق ،وانظر على القول بأنه لامتعة لها إذا خيرها أو ملكها.

واختلف إذا عجز الزوج عن الصداق قبل البناء وطلق عليه الحاكم .

فقال ابن القاسم وابن وهب وأصبغ: لها نصف الصداق .

قال المتيطي : وعليه العمل.

وقيل: لا شيء لها، قاله ابن نافع .

ولا يقال: هو الجاري على ما تقدم؛ لأن الفُرقة جاءت من قبلها لقولهم هناك، لأنا لا نقطع بعسر الزوج في الباطن لاحتمال أن يكون مليًّا بالصداق ، وبأكثر منه، والاتفاق على أن طلاقها على ذي عيب قبل البناء لا يوجب لها نصف الصداق .

قوله: **(ولو ارتدت قبل الدخول بها بطل صداقها، وكذلك لو ارتد زوجها وتتخرج فيها رواية أخرى أن لها نصف صداقها).**

قصده بالتخريج أجراه على الخلاف في الردة هل هي فسخ أو طلاق، فإن قلنا: فسخ، فلا شيء لها.

وإن قلنا: طلاق، فلها النصف .

قوله: (ولو لاعنها قبل الدخول بها لسقط صداقها).

فصل: من خالعت على بعض صداقها ومن وهبت بعضه أو كله:

ولو خالعها على شيء من مالها، وسكتا عن الصداق قبل الدخول بها سقط صداقها.

ولو خالعها على بعض صداقها قبل الدخول بها كان لها نصف ما بقي من صداقها.

ولو وهبت له نصف صداقها، ثم طلقها كان لها نصف ما بقي، ولا شيء لها من النصف الموهوب.

الصواب: لا يسقط وهي معذورة .

قوله: (ولو خالعها على شيء من مالها وسكتا عن ذكر الصداق قبل الدخول بها لسقط صداقها).

لا مفهوم لقوله: «**خالعها**» بل وكذلك لو وقع الأمر مبهمًا على المتاركة ، نَصَّ على المسألتين فيها[1] ، وزاد :وإن قبضته ردته ، وهذا هو المشهور في الصورتين .

وقال أشهب : لها أخذه بنصف الصداق .

وقال أصبغ: إن قبضته كان لها وإلا بقي للزوج.

واختار اللخمي قول أشهب.

وكان شيخنا - حفظه الله تعالى- يحمل قولها فيما ذكر الشيخ على ما إذا كان العطاء من جنس الصداق ،وأما إن كان من غير جنسه فالصواب الرجوع؛ لأن من حجتها أن تقول: أدفع شيئًا وآخذ غيره بخلاف الاتحاد .

وظاهر كلام الشيخ: لو بنى بها لكان لها أخذه.

قوله: (ولو خالعها على بعض صداقها قبل الدخول بها كان لها نصف ما بقي من صداقها، ولو وهبت نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها نصف ما بقي ولا شيء لها في النصف الموهوب) .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٨٧).

ولو وهبت له الصداق كله، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يكن لها شيء من الصداق.

قال فيها[1]: وإن قالت له قبل البناء: طلقني طلقة على عشرة دنانير من صداقي ففعل كان لها نصف ما بقي .

واختلف هل العشرة منسوبة لجملة الصداق أو للنصف ؟

فذهب اللخمي إلى الأول واختاره أبو إبراهيم، وذهب التونسي وعبد الحميد إلى الثاني.

وَضَعَّفَه شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ: بأنه لو كان كما قالا لقال: «كان لها ما بقي»، لا: «نصف ما بقي».

وإلى ما [ذكرنا][2] أشار أبو عبد الله محمد السطي في قوله: قول اللخمي هو ظاهرها.

قوله: (ولو وهبت له الصداق كله ثم طلقها قبل الدخول بها لم يكن لها شيء من الصداق).

قال عبد الحميد الصائغ: هذا إذا كانت الهبة [ليست][3] لأجل الزوجية وإرادة بقائها فلا ترجع عليه في طلاقها بشيء، وإن كانت لإرادة البقاء فسارع في طلاقها فلها الرجوع بالهبة، ووقع مثله عن محمد، ولم يتعرض فيها لعدم رجوعها عليه، وإنما تعرض لعدم رجوعه عليها عكس ما ذكر الشيخ .

وما ذكره فيها هو المشهور .

وقال أبو الفرج في «الزاهي»[4]: إن وهبت مهرها للزوج قبل البناء ثم طلقها تبعها بنصفه كما لو وهبته أجنبيًّا .

وفي «الطرر»: لو طلبت المرأة ثواب هبتها صداقها لم تصدق.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٨٤).

(٢) في ب: ذكره.

(٣) سقط في ب.

(٤) «الزاهي » (ص/ ٤٥١).

فصل: حكم العبد يتزوج امرأة ثم يصبح مملوكًا لها:

وإذا تزوج عبد امراة بصداق فضمنه عنه سيده ثم دفع السيد العبد إلى المرأة قبل الدخول بها عوضًا عن صداقها، انفسخ نكاحها، وبطل صداقها وردت العبد إلى سيده.

ولو أعطاها العبد بعد الدخول بها انفسخ نكاحها وكان العبد مملوكًا لها.

ولم يدخله الخلاف في الثواب بين الزوجين.

وما ذكره بيّن لأن النكاح مبني على المكارمة فيبعد فيه قصد الثواب بين الزوجين والله أعلم.

قوله: (وإذا تزوج عبد امرأة بصداق فضمنه عنه سيده ثم دفع السيد العبد إلى المرأة عرضًا من صداقها انفسخ نكاحها وبطل صداقها وردت العبد إلى سيده.

ولو أعطاها العبد بعد الدخول انفسخ النكاح وكان العبد مملوكًا لها).

زاد فيها[١]: قال سحنون: إلا أن يرى أنها وسيده اغتزيا[٢] فسخ نكاحه فلا يجوز ذلك وتبقى له زوجة، إذ الطلاق بيد العبد فلا تخرج من عصمته [بالظن][٣].

وقال سحنون: تفسير بلا خلاف أعلمه.

وظاهرها: أن [اغتزاءه][٤] وحده لغو.

قال بعض شيوخنا: وفيه نظر .

ويقوم من قول سحنون خلاف ما أفتى به شيخنا - حفظه الله تعالى - غير ما مرة في الزوج إذا طلق زوجته بدرهم مثلًا على أن أعطاه له غيرها وقصد بذلك [التحيل][٥] في إسقاط نفقة العدة فإنه [لا ينفعه][٦] ذلك ، ولعله اعتمد على عموم

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٣٤ ، ١٣٥).

(٢) اغتزيا : قصدا.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: اغترا.

(٥) في ب: التحليل.

(٦) في أ: ينقصه.

فصل: حكم الصداق إذاظهر بالزوجة عيب يوجب ردها:

ومن تزوج امرأة، ثم ظهر على عيب بها يوجب ردها قبل الدخول بها فطلقها، واختار ردها، فلا شيء عليه من صداقها.

قولها في «كتاب إرخاء الستور»[1]: ومن قال لرجل: طلق امرأتك ولك عليَّ ألف درهم ففعل لزم ذلك الرجل.

وأقاموا من قول سحنون السابق: أن من قال لزوجته: أنت طالق إن فعلت كذا، ففعلته وقصدت تحنيثه، أنه لا يحنث، وهو قول أشهب خلافًا لابن القاسم، والقولان حكاهما ابن رشد [2].

وفرق المغربي: بأن العبد هنا لا سبب له في الطلاق بخلاف الحالف فإنه تسبب.

وما فرّق به بيّن، وبذلك حكمت [في ولايتى ببلد الأريس][3] بقول ابن القاسم في رجل حلف لزوجته بالطلاق ثلاثًا أنها لا تخرج من دارها فخرجت فورًا قاصدة تحنيثه، وله منها أولاد متعددة.

وأقام بعض المتأخرين منها أيضًا أن من ارتد في مرضه وعلم أنه قصد الفرار بماله من الورثة أنهم يرثونه، ويعاقب بنقيض مقصوده.

قوله: (ومن تزوج امرأة ثم ظهر على عيب بها يوجب ردها قبل الدخول بها فطلقها واختار ردها فلا شيء عليه من صداقها).

ما ذكره من أنه لا شيء لها هو نصها[4].

قال ابن عبد السلام: وهو ظاهر إن كانت ثيبًا أو بكرًا وزوجها ولي بعيد، وأما إن زوجها قريب القرابة كالأب [فقد يقال][5]: يجب لها على الزوج نصف الصداق ويرجع به الزوج على أبيها، وفيه نظر.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٤٩)، و«التهذيب» (٢/ ٣٩١).

(٢) «البيان» (٥/ ٢١٠).

(٣) في ب: بولايتي ببلد الأربص.

(٤) «المدونة» (٢/ ١٦٨).

(٥) في ب: فقال.

وإن لم يعلم بعيبها حتى دخل بها ووطئها ثم اختار ردها رجع بصداقها على وليها إذا كان الولي عالمًا بالعيب.

وإن لم يكن عالمًا بعيبها رجع على المرأة نفسها بالصداق، وترك لها منه قدر ما يستحل به فرجها وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم. وإذا غرم الولي الصداق، لم يرجع به على المرأة. ولا يترك الزوج للولي شيئًا إذا رجع عليه بالصداق، فإن رجع على المرأة ترك لها منه قدر ما يستحل به فرجها.

قلت: ما ذكره يرد بأن سلعتها لم تزل [بيده][(١)].

وقاله **شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى**:

وما ذكر أن فراقه لها بطلاق هو كذلك خلافًا للأبهري أنه فسخ.

قوله: **(وإن لم يعلم بعيبها حتى دخل بها ووطئها ثم اختار ردها رجع بصداقها على وليها إذا كان الولي عالمًا بعيبها ، وإن لم يكن عالمًا بعيبها رجع على المرأة نفسها بالصداق، وترك لها منه بقدر ما يستحل به فرجها وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم .**

وإذا غرم الولي الصداق لم يرجع به على المرأة ،ولا يترك الزوج للولي شيئًا إذا رجع عليه بالصداق ، فإن رجع على المرأة به ترك لها ما يستحل به فرجها).

علق الحكم على العلم وعدمه وهو خلاف قولها؛ لأنه جعل الظن فيها يقوم مقام العلم حيث قال: فإن بنى بها فلها الصداق ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذي أنكحها أبٌ أو أخٌ أو من يرى أنه يعلم ذلك منها ثم [لا][(٢)] يرجع به الأب.

وإن كان أنكحها ابن عم أو ولي أو السلطان أو من لا يظن به علم ذلك، فلا شيء عليه وترد المرأة ما أخذته إلا ربع دينار .

ابن رشد[(٣)]: قريب القرابة هو الأب والابن والأخ ، قاله مالك في «موطئه»، وابن حبيب في «واضحته» في العيوب الأربعة.

---

(١) في ب: بيدها.

(٢) سقط من ب.

(٣) «البيان» (٥/ ٩٤).

فصل: فيمن نكح امرأة على صداق فاسد:

ومن نكح امراة على عبد بعينه، فكان حرًّا فعليه قيمته لو كان عبدًا عند ابن القاسم، وعليه صداق مثلها عند عبد الملك.

قلت : ظاهر هذا كما ترى يقتضي أن الجد ليس هو من قريب القرابة، وبه قال شيخنا - حفظه الله تعالى - وحمل قولها على ما قال ابن رشد.

والصواب عندي: أن الجد حكمه حكم الثلاثة، وهو ظاهر من قولها: أو من يرى أنه يعلم ذلك منها.

يريد: كالجد، وأما الابن فقد دَلَّ عليه ذكر الأخ من باب أحرى .

وذكرت هذا في درس شيخنا أبي مهدي - رحمه الله تعالى - فاستحسنه.

والمشهور: أنه يرجع علىّ الولي في عيب الفرج كالثلاثة .

وحكى فضل عن عيسى بن دينار: أن داء الفرج لا يرجع به إلا على المرأة خاصة وزعم أنه في «العتبية»، وتعقبه ابن رشد[1] بأنه لم يقع له فيها ذكر عندنا.

قوله: [(قال : ومن نكح امرأة][2] **على عبد بعينه فكان حرًّا فعليه قيمته عند ابن القاسم، وعليه صداق مثلها عند عبد الملك قبل الدخول استحبابًا)**.

بقول ابن القاسم قال ابن عبد الحكم، وكأن الشيخ لم يقف عليه؛ إذ لو وقف عليه لعزاه له كجري عادته وعادة أصحابه البغداديين، ولو [ذكرها قبل لكان أنسب][3] وتقدم الخلاف إذا استحق بملك [هل][4] ترجع عليه بقيمته أو بمثله ؟

وقال سحنون: إن استحق بملك فالأول وبحرية فالثاني .

واعلم أنه إن علم الزوجان بكون العبد مغصوبًا أو حرًّا ، فإنه يفسخ قبل البناء

---

(١) «البيان» (٥/ ٩٦).

(٢) في ب: فإن نكحها.

(٣) في ب: ذكر هذا قبل لكان أنسب.

(٤) في ب: لم.

وإن نكحها على جرار خل، فكانت خمرًا، فعليه مثل الخل كيلاً.

ويثبت بمهر المثل، وإن لم تعلم الزوجة ففي ذلك أربعة أقوال:

فقيل: كذلك مطلقًا، **وقيل**: مثله إن لم يكن للزوج شبهة.

وقيل: إن غرها بحرية.

وقيل: في هذا يفسخ بعد البناء ولو تزوجها على عبد غائب معين فوجد قد مات قبل العقد فروي عن ابن القاسم أنه مفسوخ.

قال فضل: وهو بعيد؛ لأن النكاح انعقد على صحة ويجب أن تكون لها قيمته.

قوله: (**فإن نكحها على جرار خل فكانت خمرًا فعليه مثل الخل كيلًا**).

ظاهر قوله: «**فكانت خمرًا**» يقتضي أنه تزوجها على قلال خل بعينها كما صرح به فيها وزاد: إن لم يوجد الخل فإنها ترجع عليه بقيمته.

أراد إن كان لا يوجد مثله أبدًا وأما إذا أمكن بعد فإنه يمهل جريًا على قول ابن القاسم في الغصب.

قال أبو حفص العطار: معنى قولها [١]: إن القلال حاضرة مطينة عقدًا على صفتها؛ لأن تطيينها عذر.

واستشكل عياض تصورها؛ لأن الخل لا يرجع خمرًا.

ثم قال: لا موجب لتصورها إلا أن يقال: رأياها فظناها خلًّا بما شبه عليهما في أعلاها أو رائحتها أو اطلعا على بعضها، وحمل على ذلك بقيتها أو كانت معفصة أو مغلقة بما [يعسر حله][٢] أو يخشى فسادها بحله فاستغنى بما اطلعا عليه من بعضها أو على رأي أبي محمد في إجازة بيع الثوب المطوي في جرابه.

قلت: قال بعض شيوخنا[٣]: مقتضى هذا [الجواب][٤] أن المطلع على كونه خمرًا

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٤٨)، و«التهذيب» (٢/ ١٨٣).

(٢) في ب: يفسد خله.

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٣٣٣).

(٤) في ب: من الجوابين.

وإن نكحها على غرر، فسخ النكاح قبل الدخول استحبابًا ولم يكن لها شيء، وإن كان دخل بها ثبت نكاحها، وكان لها صداق مثلها. وإن نكحها على خمر أو خنزير، فسخ النكاح قبل

بعضها لا كلها.

ولفظ المسألة ظاهر أو نص أنه كلها .

وما ذكر الشيخ أنه يرجع [بخلع المثل][1] هو أحد الأقوال الخمسة ذكرها عياض[2] **وقيل**: يرجع بقيمته كالجزاف، قاله سحنون.

وقيل: إن دخلا على الكيل فالأول وإلا فالثاني .

وقيل: إن اتفقت [الأغراض][3] فيها كالعين فالأول وإلا فالثاني.

وقيل: لها مهر المثل، قاله ابن عبد الحكم.

قال: وعورض بقوله: في العبد المهر المستحق بحرية عليه قيمته .

ومعرفة المثل غير متعذر بملء القلال بعد تطهيرها إن طهرت أو بمعرفة قدر ما تحمل من ماء إن لم تطهر به ثم يكال ذلك الماء ويدفع من الخل قدره.

قال اللخمي: ولو تزوجها بقلال على أنها خمر فظهر كونها خلًّا ثبت النكاح إن رضياه، كما لو نكحها على أنها في العدة فظهر كونها في غيرها، ولمن شاء منهما فسخه [لحجته لظهور خلاف المعقود به][4] ولا حجة لهما في العدة؛ لأنه حق لله تعالى لا لأحدهما.

قوله: (وإن نكحها على غرر فسخ النكاح قبل الدخول استحبابًا فإن دخل بها ثبت نكاحها، وكان لها صداق مثلها، وإن نكحها على خمر أو خنزير فسخ النكاح قبل

---

(١) في أ: بمثل الخل المثل.

(٢) «التنبيهات» (٢/ ٦٠٤).

(٣) في ب: الأعراض.

(٤) في ب: بحجته يظهر خلاف العقد به.

الدخول، ولم يكن لها شيء وإن دخل بها فقد اختلف قوله فيها. فقال مرة: يفسخ نكاحها ويكون لها صداق مثلها.

وقال مرة أخرى: يثبت نكاحها، ويكون لها صداق مثلها.

الدخول ولم يكن لها شيء فإن دخل بها فقد أخلف قوله فيها فقال مرة : يفسخ نكاحها ويكون لها صداق مثلها ، وقال مرة أخرى: يثبت نكاحها ، ويكون لها صداق مثلها).

اختلف إذا فسد النكاح لصداقه كتزويجها بغرر أو خمر أو خنزير على أربعة أقوال:

فقيل: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، وهو نصها[1]، وهو المشهور.

وقيل: يفسخ مطلقًا .

وقيل: يمضي بالعقد .

قال اللخمي: ذكر أبو الحسن ابن القصار وأبو محمد عبد الوهاب عن مالك فيه الثلاثة.

ابن عبد السلام: والقول بمضيه مطلقًا ذكره [عبد الواحد][2] ولم ينسبه.

وأجابه خليل:[3] بأن عبد الوهاب في «الإشراف»[4] نسبه لمالك ،وكذلك ابن الجلاب .

قلت: لم يجده فيه إنما ذكر الخلاف عنه بعد الدخول .

والرابع : ما نقله المتيطي عن قول عبد الوهاب[5] قالوا: والظاهر أنه بالخمر ونحوه يفسخ قبل وبعد، وبالغرر قبل فقط .

قلت: وهو ظاهر كلام الشيخ؛ لأنه جعل النكاح بالغرر أخف.

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٤٧)، و«التهذيب» (٢/ ١٨٢).

(٢) في ب: غير واحد.

(٣) «التوضيح» (٣/ ٣٧٠).

(٤) «الإشراف» (٢/ ٧١٤).

(٥) «الإشراف» (٢/ ٧١٤).

....

❁ ❁ ❁

وإذا فَرَّعْنَا على المشهور أنه يفسخ قبل البناء [فقال][١] عبد الوهاب[٢] :اختلف أصحابنا فيه فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظًا ، [وعقوبة][٣] لهما لئلا يعودا إلى مثله.

ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطًا وخروجًا من الخلاف، هكذا نقل اللخمي عنه.

ونقل [ابن محرز][٤] عنه وابن زرقون عزو القولين لمتقدمي أصحابنا ومتأخريهم.

وعزا ابن عبد السلام الأول لقول المغاربة والثاني لقول البغداديين .

قلت: وما ذكره عن المغاربة لا أعرفه نصًّا.

❁ ❁ ❁

(١) في أ: كقول .

(٢) «المعونة» (٢/ ٨٧٢).

(٣) في أ: وعَبَّر به.

(٤) في ب: أبو محمد.

باب: ضمان الصداق

فصل: في الصداق إذا تلف أو نقص أو نما أو أنفق في مصلحة خاصة أو مشتركة:

قال مالك يرحمه الله: وإذا تزوجها على شيء بعينه، فتلف في يده أو في يدها، ثم طلقها قبل الدخول بها، فلا شيء له عليها إن كان تلفه من غير صنعها، وإن كان من صنعها ضمنت له نصفه.

وإن نما في يدها أو نقص، ثم طلقها قبل الدخول بها، فالنماء بينهما والنقصان عليهما.

باب: ضمان الصداق

قوله: **(قال: ومن تزوج امرأة على شيء بعينه فتلف في يده أو في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها، فلا شيء له عليها إذا كان تلفه من غير صنعها، وإن كان من صنعتها ضمنت له نصفه)**.

ظاهر كلامه: أنه لا غرم عليه.

وأراد بقوله: «**على شيء بعينه**» أي: من الحيوان يدل عليه ذكر النماء، وبقولها[١]: ولو نكحها بعرض بعينه فضاع بيده ضمنه إلا أن يعلم ذلك فيكون منهما.

قال ابن رشد في «بيانه»[٢]: فيمن نكح بعين أو مكيل أو موزون ثلاثة أقوال: الضمان مطلقًا.

والثاني: ضمانه للتهمة، فإن قامت البينة على ذلك سقط الضمان.

الثالث: الفرق بين العين يضمن مطلقًا وفي المكيل والموزن الذي يراد لعينه يضمن للتهمة فإن ثبت هلاكه سقط الضمان.

قوله: **(وإن نما في يدها أو نقص ثم طلقها قبل الدخول بها، فالنماء بينهما والنقصان عليهما)**.

مثله فيها[٣].

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٤٨)، و«التهذيب» (٢/ ١٩١).

(٢) «البيان» (٤/ ١٨٥).

(٣) «المدونة» (٢/ ١٥٥)، و «التهذيب» (٢/ ١٩١).

وإن تزوجها على صداق فاشترت به شيئًا من مصلحتها ومصلحة زوجها مما يجب عليها إصلاحه في نكاحها، ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف ما اشترته، وليس عليها أن تغرم له نصف صداقها، وإن اشترت به شيئًا تختص هي

وَصَرَّحَ ابن الحاجب[1] بأنه المشهور، وهو كالنص في أنها تملك بالعقد نصف الصداق لا كله .

ومثله وقع في الزكاة .

الثاني: حيث قال: ولا يكون للزوج فائدة إذا كان له فيها شرك في نمائها ونقصانها.

وقيل: إنها تملك جميعه بالعقد.

قاله عبد الملك وهو المراد بالقول الثاني فيها حيث قال: وقد قيل: إن كل غلة أو ثمرة للمرأة خاصة بضمانها .

وهو نص قول «رهونها»[2]:ومن رهن امرأته رهنًا [قبل البناء][3] بجميع الصداق جاز ذلك؛ لأن عقد النكاح يوجب لها الصداق كله إلا أن يطلق قبل البناء .

ويؤخذ ذلك من قول «زكاتها الثاني»[4] حيث أوجب على الزوجة أن تؤدي زكاة الفطر عند أمتها إذا كان الزوج ممنوعًا من البناء.

وقيل: إنه غير مستقر يستقر نصفه بالطلاق وكله بالموت وهذا القول هو مقتضى المذهب عند ابن رشد[5].

قوله: (وإن تزوجها على صداق فاشترت به شيئًا من مصلحتها ومصلحة زوجها مما يجب عليه إصلاحه في نكاحها ثم طلقها قبل الدخول بها فله نصف ما اشترته وليس عليها أن يغرم له نصف صداقها، وإن اشترت به شيئًا تختص هي ....

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٨٢).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٧).

(٣) سقط من أ.

(٤) «التهذيب» (١/ ٤٨٧).

(٥) «البيان» (٤/ ٣٤٢).

بمنفعته، فعليها أن تغرم له نصف صداقها.

بنفعه فعليها أن تغرم له نصف صداقها).

في كلامه إجمال وذلك أن ظاهره فيما إذا اشترت ما لا يصلح [لجهازها][1] أنَّ الحكم ما ذكره ، وإن كان شراؤها من عند الزوج وليس كذلك بل إذا اشترت ذلك منه فإنه إذا طلقها لا يكون [لها][2] إلا نصف ذلك، وهو بمنزلة ما لو أصدقها إياه صرح به فيها[3] وهو مراد الشيخ.

وما ذكره صَرَّحَ ابن حارث بأنه متفق عليه، وهو واضح من حيث أنَّ شراءها مما يصلح لجهازها مأذون لها فيه من جهة الزوج عرفًا.

وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه إنما يرجع عليها بنصف الصداق لا بنصف بما اشترت، ولو كان يصلح [لجهازها][4] مستدلين بقوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾.

وفي هذه المسألة تناظر أبو يوسف والمغيرة .

فقال أبو يوسف : يا أمير المؤمنين إن هؤلاء يزعمون أن المرأة إذا اشترت بصداقها مزامير وأبواقًا ثم طلقها الزوج قبل البناء، فليس له عليها إلا نصف ما اشترت .

فقال المغيرة: أما نحن فلا تتجهز النساء عندنا بالمزامير والأبواق ، وأنتم إن كُنَّ يتجهزن عندكم لأزواجهن بالمزامير [فإنَّ له عليها][5] إذا طلقها نصف ذلك ، وما ذكرناه من مناظرتهما ذكره ابن رشد[6] في «كتاب طلاق السنة » إلا أنه لم يذكر أنها وقعت بين يدي أمير المؤمنين ، والمراد به هارون الرشيد، والله أعلم.

---

(١) في ب: بجهازها.

(٢) في ب: له.

(٣) «التهذيب» (٢/ ١٩٤).

(٤) في ب: بجهازها.

(٥) في ب: فأرى له.

(٦) «البيان» (٤/ ٣٤٥).

فصل: في ما إذا كان الصداق عبدًا ممن يعتق عليها:

وإن تزوجها على عبد ممن يعتق عليها، ثم طلقها قبل الدخول بها غرمت له نصف قيمته، ومضى عتقه عليها. فإن كانت موسرة أخذ ذلك منها، وإن كانت معسرة أتبعها به دينًا في ذمّتها. وقال عبد الملك: لا شيء له عليها إذا كان عالمًا بأنه يعتق عليها.

وإن أصدقها عبدًا ممن لا يعتق عليها، فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول بها غرمت له نصف قيمته ومضى عتقه عليها.

قوله: (وإن تزوجها على عبد بمن يعتق عليها ثم طلقها قبل الدخول بها غرمت له نصف قيمته ومضى عتقه عليها، فإن كانت موسرة أخذ ذلك منها، وإن كانت معسرة تبعها به دينًا في ذمتها. قال ابن عبد الملك: لا شيء له عليها إذا كان عالمًا بأنه يعتق عليها، فإن أصدقها عبدًا ممن يعتق عليها، فأعتقه ثم طلقها قبل الدخول بها غرمت له نصف قيمته ومضى عتقه عليها إن كانت موسرة).

بالقول الثاني قال مالك أيضًا، فالقولان له فيها[1]، واختار ابن القاسم الأول، والمسألة على أربعة أوجه:

أحدها: علم الزوج والزوجة بأنه أبوها مثلًا ففيه قولان، والثاني جهلهما معًا، فكذلك صَرَّحَ به اللخمي.

وقوة لفظه يقتضي: أنهما فيه فيها كالوجه الأول فإن أراده فغير مسلم.

الثالث: إن علمت الزوجة ولم يعلم هو فإن يرجع عليها.

الرابع: عكسه فإنه لا يرجع عليها، واختلف في رجوعها هي عليه.

فقال في «كتاب محمد»: قد غرها.

وفي «المبسوط»: لها أن ترجع عليه بقيمة جميعه إن لم يطلق، وبقية نصفه إن طلق.

وأجاز في «قراضها»[2] للبائع ألا يعلم بذلك لما كان الولد مندوبًا إليه إلى أن

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٥٤)، و«التهذيب» (٢/ ١٩٢).

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٩٦).

فصل: في وضع الزوجة من صداقها بشرط عدم التزوج عليها :

ومن تزوج امرأة على صداق ثم وضعت عنه بعضه على ألا يتزوج عليها فتزوج عليها رجعت عليه بما وضعته عنه من صداقها.

وإن شرطت عليه عند عقدة النكاح ألا يتزوج عليها وحطت عنه لذلك شيئًا من صداقها، ثم تزوج عليها، فلا شيء لها عليه مما حطته عنه في رواية ابن القاسم.

وقال ابن عبد الحكم عنه إن كان ما بقي من صداقها هو صداق مثلها أو

يشتري أباه فيعتقه، فإنما هو معين على الخير .

وظاهر كلام الشيخ: فيعتق عليها كانت بكرًا أو ثيبًا وأشار فضل إلى أنه ظاهرها، وبه قال ابن حبيب وتأول بعض الناس قولها[1] على الثيب الرشيدة وأما البكر والسفيهة فلا يجوز [الولي][2] ذلك؛ لأنه يعتق عليها.

ابن يونس[3] : وهو خير من الأول .

قوله: (ومن تزوج امرأة على صداق ثم وضعت عنه بعضه على ألَّا يتزوج عليها فتزوج عليها رجعت عليه بما وضعته عنه من صداقها).

ظاهر كلامه كما هو ظاهرها أنه عقد جائز ومنعه مالك في «السليمانية» وفي «مختصر ما ليس في المختصر »، وبه قال ابن كنانة في «كتاب المدنيين»، واختاره اللخمي لأنه تارة بيعًا وتارة سلفًا.

قوله: (وإن اشترطت عليه عند عقدة النكاح ألَّا يتزوج عليها وحطت عنه لذلك شيئًا من صداقها ثم تزوج عليها فلا شيء لها عليه مما حطته عنه في رواية ابن القاسم .

وقال ابن عبد الحكم: إن كان ما بقي من صداقها هو صداق مثلها أو.....................

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٢).

(٢) في أ: للولاء.

(٣) «الجامع» (٤/ ٢١٨).

أكثر منه لم ترجع بشيء، وإن وضعت عنه شيئًا من صداق مثلها فتزوج عليها، رجعت عليه بتمام صداق مثلها.

❁ ❁ ❁

أكثر منه لم ترجع عليه بشيء، وإن كانت وضعت عنه شيئًا من صداق مثلها فتزوج عليها رجعت عليه بتمام صداق مثلها).

إنما قدم القول الأول لكون ابن القاسم رواه ، وأما لو كان قولًا له فجرت عادته بتقديم قول ابن عبد الحكم عكس القرويين.

وفيها في «النكاح الثاني»[1] من رواية عليّ بن زياد وابن نافع كالقول الثاني .

ومنهم من لم ير وما ذكر لعليّ بن زياد إلا لقوله لا روايته .

وقيل: ما وضعته في العقد المشترط من مهر مثلها لا يلزمها كما لا يلزم الشرط ، وإن لها ما وضعته ولو وفَّى لها بشرطها وهو قول ابن كنانة وروايته ، ومثله لابن شعبان[2] في «مختصر ما ليس في المختصر» .



---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٠٠).

(٢) «الزاهي» (ص/ ٤٤٧).

باب: الاختلاف في الصداق

فصل: في الاختلاف في الصداق قبل الدخول:

قال مالك يرحمه الله: ومن تزوج امرأة، ثم اختلفا في الصداق قبل الدخول بها تحالفا وتفاسخا، كان اختلافهما في عينه أو قدره. وتبدأ المرأة باليمين، فإن حلفت ونكل زوجها عن اليمين لزمه ما ادعته من صداقها.

وإن نكلت وحلف زوجها كان لها ما أقر به من صداقها،.................

باب: الاختلاف في الصداق

قوله: **(ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في الصداق وقبل الدخول بها تحالفا وتفاسخا، كان اختلافهما في عينه أو في قدره وبدئت المرأة باليمين، فإن حلفت ونكل زوجها لزمه ما ادعته من صداقها، وإن نكلت وحلف زوجها كان لها ما أقر به من صداقها).**

ابن عبد السلام: كان الأظهر أن يقال: [عقد النكاح هنا][1] يتنزل منزلة الفوات في البيع لما يترتب هنا من الأحكام من تحريم المصاهرة وكون المرأة فراشًا وغير ذلك لكنهم لم يقولوه.

وما ذكره الشيخ من تبدية الزوجة باليمين هو أحد الأقوال للثلاثة .

قال اللخمي: وروى الواقدي: بيد الزوج، مثل قوله في «العتبية»في اختلاف المتبايعين أنه يبدأ المشتري وأن يقترعا أحسن.

قلت: وفي اختلاف المتبايعين قول رابع: أن الحاكم بالخيار، قاله بعض شيوخ المازري ويجري هنا.

وظاهر كلامه: أنهما إذا تحالفا يقع الفسخ [بتًّا][2] كاللعان، وبه قال سحنون وأبو حفص العطار، وبعض شيوخ عبد الحق قائلًا: ليس ذلك مثل البيوع على مذهب ابن القاسم؛ لأن النكاح باب ينبغي أن يحتاط فيه كاللعان .

---

(١) في ب: عند النكاح.

(٢) في ب: بها.

وإن حلفا جميعًا فسخ النكاح ولا شيء لها.

فصل: الاختلاف في الصداق بعد الدخول:

وإن اختلفا بعد الدخول فسخ النكاح، وكان لها صداق مثلها، وهذا إذا اختلفا في عين الصداق مثل أن تقول المرأة: تزوجتني على عبدك ميمون، ويقول الرجل: تزوجتك على عبدي مبارك.

قال اللخمي: وقال ابن حبيب: للزوج أن يرضى بما قالت وعليه يكون للزوجة كذلك، وهو أحسن؛ لأن أيمانهما إنما يفيد [أن][1] لا يؤخذ أحدهما بغير ما اعترف به ولا بغير ما حلف عليه وهذا قصدهما إلا أن يكونا عقدا أن يخالفهما فسخ فيلزمهما ما التزما.

قلت: يكفي كون هذا من الزوج فقط، قاله بعض شيوخنا[2].

وبمثل قول ابن حبيب قال المغيرة وعبد الوهاب[3] وابن القصار وأبو عمران، وصوبه ابن محرز بأن أيمانهما لم توضع للفسخ دون أن يفسخه السلطان.

وأما أيمان المتلاعنين فبمجردها توجب الفسخ.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لا يعتبر الشبه، وهو كذلك على أحد قولي مالك.

قال اللخمي: واختلف إذا نكلا **فقيل**: ذلك بمنزلة ما لو حلفا.

وقيل: القول قول المرأة، والأول أحسن، وحيث يفسخ فظاهرها بغير طلاق، وقد قيل: بطلاق، ذكره المتيطي.

قوله: (وإن حلفا جميعًا فسخ النكاح ولا شيء لها، وإن اختلفا بعد الدخول فسخ النكاح وكان لها صداق المثل، وهذا إذا اختلفا في غير الصداق مثل أن تقول المرأة: تزوجني على عبدك ميمون ويقول الرجل: تزوجتك على عبدي مبارك).

ما ذكره من الفسخ، قال المتيطي عن بعض الموثقين: لم أر ذلك لغيره، **وقيل**: إن

---

(١) سقط من ب.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٥٠٢).

(٣) «المعونة» (٢/ ٧٦٢).

فأما إن اختلفا في قدر الصداق فقال الرجل: تزوجتك على ألف، وقالت المرأة: تزوجتني على ألفين، وقد دخل بها ومكنته من نفسها، فإن القول قوله فيما أقرّ به من الصداق مع يمينه.

فصل: في الاختلاف في قبض الصداق:

وإذا تصادقا على الصداق، ثم اختلفا في قبضه قبل الدخول بها، فالقول قول المرأة مع يمينها.

النكاح [ثابت][(١)] بينهما بكل حال، رواه ابن وهب، وهو المعروف .

وما ذكره من أن لها صداق مثلها ولا مفهوم لما مثل به هو أحد الأقوال الثلاثة .

وقيل: القول قول الزوج ، قاله ابن القصار .

وقيل: مثله إن كان ذلك مما يصدقنه النساء .

وإن ادعى ما لا يشبه كالخشب وادعت ما يشبه فالقول قولها إذا كانت قيمة ذلك [مثل ما تزوج به فأقل][(٢)] ، وإن كان لا يشبه قول واحد منهما تحالفا وتفاسخا ولها صداق المثل . قاله أصبغ في «ثمانية أبي زيد» .

وما ذكر الشيخ مقيد بما لم يكن صداق مثلها فوق ما ادعت [و][(٣)]دون ما ادعى الزوج.

قوله: (فأما إذا اختلفا في قدر الصداق فقال الزوج: تزوجتك على ألف .

وقالت المرأة: بل على ألفين وقد دخل بها وأمكنته من نفسها فإن القول قوله في ما أقرَّ به من الصداق مع يمينه، وإن تصادقا على الصداق ثم اختلفا في قبضه قبل الدخول فالقول قول المرأة مع يمينها).

إنما كان القول قوله؛ لأنه أفات السلعة ، وما ذكره هو المشهور.

وروى ابن وهب عن مالك: أنهما يتحالفان ويكون لها مهر مثلها والنكاح ثابت

---

(١) في أ: فائت.

(٢) في أ: تزوج به بأقل.

(٣) في أ: أو.

وإن اختلفا في ذلك بعد الدخول، فالقول قول الرجل مع يمينه قال القاضي إسماعيل بن إسحاق وغيره من شيوخنا إنما قال مالك هذا بالمدينة؛ لأن عادتهم جرت بدفع الصداق قبل الدخول، وأما في سائر الأمصار فالقول قول المرأة مع يمينها قبل الدخول بها وبعده؛ لأن الرجل قد أقر بالصداق وادعى البراءة منه والمرأة مدعى عليها ذلك، فالقول قولها مع يمينها.

[فيه][1] .

كذا ذكره أبو عمر في [كافيه][2]، وعزاه ابن عبد السلام لابن حبيب.

قوله: (**وإن اختلفا في ذلك بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه** .

[قال القاضي إسماعيل بن إسحاق وغيره من شيوخنا: إنما قال مالك هذا بالمدينة؛ لأن عادتهم جرت بدفع الصداق كله قبل الدخول، وأما سائر الأمصار فالقول قول المرأة مع يمينها قبل الدخول وبعده لأن الرجل قد أقر بالصداق وادعى البراءة منه والمرأة مدعى عليها ذلك، فالقول قولها مع يمينها،ويجب لها جميع الصداق).

وإذا خلا بها في منزلها واختلفا في الوطء ففيه روايتان:

إحداهما: أن القول قول المرأة .

والأخرى: أن القول قول الرجل، وإن تصادقا على عدد الوطء لم يجب لها بالخلوة جميع الصداق»][3].

يريد بالدخول دخول اهتداء ، صرح به اللخمي كأنه المذهب ولم يعزه .

واختلف في المسألة على أربعة مقالات، ذكر الشيخ منها مقالتين :

الأولى: أن القول قول الزوج ، وهذا نصها[4] ، وظاهرها كان عرف أم لا؟ طال

---

(١) في ب: بها.

(٢) في أ: كتابه.

(٣) سقط من ب.

(٤) «المدونة» (٢/ ١٦٥)، و«التهذيب» (٢/ ٢٠٣).

....

بعد الدخول أم لا؟

والثانية: اعتبار العرف .

وقال الأبهري وعبد الوهاب[١] مثل الأول إلا أن يكون في كتاب .

وقال ابن وهب: إن طلبته بحدثان البناء فلا براءة للزوج منه إلا بالبينة.

وإن طلبته بعد طول لم يقبل منها ، ذكره ابن عبد السلام ، وأيضًا نقلته في درس شيخنا أبي مهدي . رحمه الله .

[**قلت**: لا يوجد هذا القول لنقل غيره فسكت، فلما كان من الغد قال: قول ابن وهب وجدته في المتيطي فلا غرابة فيه ، وما ذكره [صحيح، وقولي في غير هذا في المسألة][٢] بحثت عليه فيما ذكره فيه وفي غيره فلم أجده، [وهم لسقوطه من نسختي][٣] والأقرب حمل المقالة [الثالثة][٤] على الوفاق لقول إسماعيل: وكلاهما وفاق لها ، ولذلك قال ابن يونس في قولها[٥]: إنما ذلك للعرف عندهم.

وعزاه عياض[٦] لشيوخنا، والشيخ [لإسماعيل][٧] وغيره ، وكذلك [قول ابن وهب: رأى ما فصل فيه هو العرف وصرح بمخالفة الثاني والثالثة لقولها ابن عبد السلام.

وعارض شيخنا - حفظه الله تعالى][٨] - قول ابن وهب بأصله في اختلاف

---

(١) «الإشراف» (٢/ ٧١٧)، و«التلقين» (١/ ١١٧)، و«المعونة» (٢/ ٧٦٨).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: الثانية.

(٥) «الجامع» (٤/ ٢٢٣).

(٦) «التنبيهات» (٢/ ٦٢٣).

(٧) في أ: إسماعيل.

(٨) سقط من ب.

....

❃ ❃ ❃

المتبايعين أن البينونة مع القبض أو القبض كاف وإن لم يطل على ظاهر كلامه هناك .

ولما نقلته في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ مفرقًا بأن باب النكاح أوسع؛ لأنه مبني على المكارمة فللمرأة مقال في التأخير بخلاف البيع؛ لأنه مبني على المكايسة .

وما ذكر الشيخ من اليمين هو نص ابن القاسم وعليه يحمل [قولها: أن القول قوله][1] أي: مع يمينه .

وقال ابن الماجشون: إن كان قريبًا وجاءت بلطخ حلف وإن طال فلا يمين عليه.

❃ ❃ ❃

---

(١) في أ: قوله.

باب: ما يحرم نكاحه من النساء

فصل: تحريم من وطئها الأب على الابن:

قال مالك يرحمه الله: ويحرم على الرجل من النساء زوجات أبيه اللائي دخل هن أو لم يدخل بهن مات عنهن أو طلقهن. وكذلك يحرم عليه من وطئ أبوه من الإماء ومن باشرها للذة أو قبلَهَا أو مَس فرجها فحرام على الابن وطؤها.

باب: ما يحرم نكاحه من النساء

قوله: ([باب في النساء يحرم نكاحهن على المرء بسبب أبيه أو ابنه.

قال: ويحرم على الرجل من النساء زوجات أبيه دخل بهن أو لم يدخل بهن، مات عنهن أو طلقهن][(١)] ، وكذلك يحرم عليه من وطئها أبوه من الإماء أو باشرها بلذة أو قبّلها أو مسّ فرجها فحرام على الابن وطؤها).

لا معنى لقوله : **«ومسّ فرجها»** بعد قوله: **«أو باشرها بلذة»** فإنه يغني عنه.

وكذلك لا خصوصية لما صور به المسألة، بل وكذلك الحكم في تحريم البنت إذا وطئ أمها أو قبلها أو باشرها ، والكلام في الجميع واحد .

ولا خلاف في الوطء ، وأما القبلة والمباشرة فهو نصها[(٢)]، وظاهر كلام الأكثر الاتفاق عليه.

وحكى ابن الحاجب الخلاف في ذلك، ونصه[(٣)]: والمشهور أن اللذة بالقبلة والمباشرة والنظر لباطن الجسد كالوطء في تحريم البنت .

وقال ابن عبد السلام وخليل[(٤)] **وبعض شيوخنا:** لا نعرف وجود القول الشاذ .

وأجابهم شيخنا - حفظه الله تعالى-: بأنه معروف لنقل ابن عبد البر في «الكافي»[(٥)]

---

(١) سقط من ب.

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٠٢)، و«التهذيب» (٢/ ٢٣٣).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٣).

(٤) «التوضيح» (٣/ ٢١٧، ٢١٨).

(٥) «الكافي» (٢/ ٥٣٥).

وإن زنا بها الأب، فقد اختلف قوله في تحريمها على الابن. فقال مرة: تحرم عليه. وقال مرة أخرى: لا تحرم عليه.

وكذلك من زنا بها الابن. وكذلك اختلف قوله في تحريم الأم بالزنا بالبنت،

رواية عن مالك [، ثم سمعت مثله من شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى][١].

وظاهر كلام الشيخ: أن اللذة بالنظر لغو، وهو كذلك، قاله ابن القصار وابن شعبان وغيرهما وهو أحد الأقوال الأربعة .

وقيل: إنه يحرم، وهو نصها[٢].

وقيل: إنه يوجب الكراهة ، رواه ابن وهب وحكاه ابن رشد[٣].

وقال ابن بشير[٤]: النظر للوجه لغو اتفاقًا .

ولغيره : المشهور يحرم؛ لأنه [يثير][٥] اللذة، والشاذ قياسها على الوجه.

فنقله يقتضي القول الرابع بالفرق بين الوجه وغيره.

معتبر كغيره ،قاله مالك.

قوله : (وإن زنا بها الأب فقد اختلف قوله في تحريمها على الابن فقال مرة : تحرم عليه.

وقال مر ة أخرى : لا تحرم عليه .

وكذلك من زنا بها الابن).

الروايتان فيها[٦].

قوله: (وكذلك اختلف قوله في تحريم الأم بالزنا بالبنت ....

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٢٩).

(٣) «البيان» (٥/ ١٦٥).

(٤) «التنبيه» (٢/ ٤٦-أ).

(٥) في أ: يتحد.

(٦) «التهذيب» (٢/ ١٧١).

وتحريم الابنة بالزنا بالأم.

فصل: تحريم من وطئها الابن على الأب:

ويحرم على الأب زوجات الابن دخل بهن أو لم يدخل بهن مات عنهن أو طلقهن.

وكذلك يحرم عليه من وطئها الابن من الإماء المملوكات أو باشرها أو قبلها أو مس فرجها، حرم على الأب وطؤها. وحليلة الابن من الرضاعة محرمة كحليلة الابن من النسب. وزوجات الأب من الرضاعة كزوجات الأب من النسب.

وتحريم البنت بالزنا بالأم، ويحرم على الأب زوجات الابن دخل بهن أو لم يدخل بهن من مات عنهن أو [طلقهن].

وكذلك يحرم عليه [من وطئها] الابن من الإماء والمملوكات ، فإن باشرهن للشهوة أو قبلهن أو مسّ [فرجها] حرم على الأب وطؤهن .

وحليلة الابن من الرضاعة محرمة كحليلة الابن من [النسب]، وزوجات الابن من الرضاعة كزوجات الأب من النسب) .

قال في «التهذيب»[١]: لمالك : ومن زنا بأم زوجته أو ابنتها حرمت عليه زوجته .

وقال في «الموطأ»[٢]: لا يحرم الزنا حلالًا .

وأصحابه على ما في «الموطأ» [لا اختلاف][٣] بينهم فيه، وليس فيها حرمة وإنما قال فيها في موضع : لا أحب ، وفي آخر : لا ينبغي ، وفي آخر: أكرهه، وفي آخر : فليفارقها .

وهذه الألفاظ ظاهرة في الكراهة ، ولذلك قال اللخمي : وفيها يكره.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٢٩).

(٢) «الموطأ» (١٩٥٤).

(٣) في أ: لاختلاف.

....

وقال عياض[١]: حملها الأكثر على الكراهة فتحصل في التحريم بالزنا ثلاثة أقوال:

التحريم ، والكراهة، والإباحة .

ويأتي لابن عبد السلام ما يقتضي أنه المشهور ، وتعقب اختصار البراذعي[٢] : «حرمت» ، والأكثرون وافقوا البراذعي على أن مراده بالأمر بالفراق الوجوب ، وهو بين في «المدونة» بعد هذا بيسير.

وفي كتاب «أمهات الأولاد» أيضًا، ونص فيها في «كتاب الرضاع» على أن لبن الميتة يحرم وهو المشهور، فعارض بعض أصحابنا ـ وهو الشيخ الفقيه المدرس أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الباجي ـ بها المشهور في مسألتنا، وهو قول «الموطأ» الذي عليه [أصحابنا][٣] .

ذكر ذلك في درس شيخنا أبي مهدي . رحمه الله تعالى .

وأجابه صاحبنا الفقيه أو عبد الله محمد [المسناوي][٤] بأن في مسألتنا ليس عليها شبهة زوجة بخلاف تلك واستحسنه شيخنا المذكور وهو ضعيف؛ لأنه ليس في قولها هناك ما يدل على أنا زوجة بل قولها أعم ، ولفظها[٥] «وإذا حلب من ثدي المرأة لبن في حياتها أو بعد موتها فوجرت به صبيا أو دَبَّ فرضعها وهي ميتة وعلم أن في ثديها لبن فالحرمة تقع بذلك» .

واختلف إذا وطئ باشتباه فوطئ أجنبية يظنها زوجته .

والمشهور أنه ينشر الحرمة ، **وقيل**: لا، قاله سحنون وغيره .

---

(١) «التنبيهات» (٢/ ٦٥٤، ٦٥٥).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٢٩).

(٣) في ب: أصحابه.

(٤) في ب: الحسناوي.

(٥) «المدونة» (٢/ ٢٩٩)، و«التهذيب» (٢/ ٤٤٨).

فصل: في الوطء بملك اليمين:

وكل امرأتين لم يجز الجمع بينهما بعقد النكاح فلا يجوز الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين. ولا بأس وطء الإماء الكتابيات بملك اليمين، ولا يجوز نكاحهن لحر مسلم ولا لعبد مسلم........................

ابن عبد السلام: وهذا التفريع على القول بأن الزنا لا يحرم الحلال ، [وأما على من يقول: إنه يحرم الحلال فلا شك أن وطء الاشتباه ينشر الحرمة ،وهذا الفرع يدل بالالتزام على أن المشهور من القولين في الزنا إنه يحرم الحلال](١).

وإذا فرعنا على المشهور في الفرع الذي فوقه فأراد المحاولة بأن يلتذ بزوجته فوقعت يده على ابنتها فالتذ فالجمهور على التحريم .

وقيل: لغو .

وقيل: تجنب على طريق الاستحباب ، ولولا الإطالة لذكرنا عزوها.

قوله: **(وكل امرأتين لم يجز الجمع بينهما بعقد النكاح)**.

قال ابن بكير: والمعنى الجامع: أن كل امرأتين من ذوات المحارم لو كان موضع أحدهما ذكرًا لم تحل له الأخرى لم يجز [له الجمع بينهما](٢).

وهذه علة لا تنعكس البتة ، وإنما جاز الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها لا تحرم ذلك ، وذلك أنا إذا جعلنا موضع الابنة ابنًا لم تحل له زوجة أبيه وإذا جعلنا موضع الزوجة رجلًا لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبي ، [بهذه](٣) العلة أجزنا الجمع بينهما.

وفي الأختين لا يحرم ذلك من الجهتين .

قوله: **(فلا يجوز الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين. ولا بأس وطء الإماء الكتابيات بملك اليمين ولا يجوز نكاحهن لحر مسلم ولا عبد مسلم)**.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: لجامع أن يجمع بينهما.

(٣) في ب: فلهذه.

ولا بأس أن يزوج الرجل المسلم عبده اليهودي أمته اليهودية، والنصرانية من النصراني. ولا يجوز وطء الإماء المجوسيات بخلاف اليهوديات والنصرانيات، ولا نكاح الحرائر المجوسيات.

زاد فيها[١] : كانت لمسلم أو ذمي.

قوله : (ولا بأس أن يزوج الرجل المسلم عبده اليهودي بأمته اليهودية، والنصراني من النصرانية).

مثله في «التهذيب»[٢] .

وفي «كتاب محمد» : كراهة ذلك.

قال عياض[٣]: واختلف الشيوخ هل هو وفاق، وأن جوابها إذا وقع [لا أنه][٤] يجوز ابتداء؛ لأنه قال فيها[٥]: فزوج السيد أمته من العبد أيجوز هذا النكاح؟ قال: نعم .

أو هو خلاف ، وعليه اختصر أكثرهم على جوازه ابتداء؛ لأن السيد هنا بالحقيقة ليس بعاقد وإنما هو آذن .

ووجه كراهيته: جوازه ابتداء؛ لأنه [عون لهم على][٦] عصيانهم ، فأباحه على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة ، وكرهه على القول الآخر .

قوله: (ولا يجوز وطء الإماء المجوسيات ، ولا نكاح الحرائر المجوسيات).

ما ذكر مثله فيها[٧].

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٤٧).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٤٨).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٦٨٤).

(٤) في أ: لأنه

(٥) «المدونة» (٢/ ٢١٩).

(٦) في ب: صون لهم عن.

(٧) «التهذيب» (٢/ ١٧٠).

....

❁ ❁ ❁

قال اللخمي: وقال ابن القصار: قال بعض أصحابنا يجري على أحد القولين: إن لهم كتابًا تجوز مناكحتهم.

واختلف في الصابئة والسامرية هل هم صنف من النصارى أو اليهود أم لا؟ فعلى أن الصابئين من النصارى أو السامرية من اليهود تجوز مناكحتهم ، وعلى نفيه نفيه.

وقال ابن بشير: ألحق اللخمي الصابئة بالنصارى والسامرية باليهود، وتقدم في الذبائح أنه غير ملحقين.

قلت: وردّه بعض شيوخنا[١]: بأنه إنما ألحقهما بهما على القول أنهما [منهما][٢] لعدم [الاجتماع][٣] على نقيضه .

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ من الوطء لزيادته فيها عن ابن شهاب ولا قبله ولا مباشرة وهو وفاق.

❁ ❁ ❁

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٥ / ١٧٧).

(٢) في «مختصر ابن عرفة»: مِلَّه.

(٣) في ب: الإجماع.

باب: نكاح الحرة والأمة

فصل: في نكاح العبد:

قال مالك يرحمه الله: ولا بأس أن يتزوج العبد أربع نسوة وهو في ذلك كالحر.

ولا بأس أن يتزوج الحرة على الأمة، والأمة على الحرة، وهو في ذلك بخلاف الحر.

باب: نكاح الحرة والأمة

قوله: (**قال : ولا بأس أن يتزوج العبد أربع نسوة وهو في ذلك كالحر**).

ما ذكره ه المشهور.

وروى ابن وهب وقال به: لا يتزوج العبد إلا اثنتين .

قال ابن عبد البر[1]: وهذه الرواية هي القياس على [تشطير][2] حده وطلاقه.

قوله: (**ولا بأس أن يتزوج الحرة على الأمة والأمة على الحرة وهو في هذا بخلاف الحر**).

ظاهره: أنه لا خيار للحرة وهو كذلك؛ إذ الأمة من نسائه كما أشار إليه، وقاله فيها[3]، وهو المشهور.

وقال ابن الماجشون: لها الخيار .

قال عياض[4]: قال بعض شيوخنا: لعله في عبد له هيئة وحال حتى يقال : إن الأمة ليست من نسائه، وهو بعيد .

وقال ابن الحاجب[5]: ولا خيار للحرة تحت عبد في الجميع على المنصوص .

---

(١) «الاستذكار» (٥/ ٥١١)، (٦/ ٤٨).

(٢) في أ: تنظير.

(٣) «المدونة» (٢/ ٣٩٠).

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٥٨٧).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٧).

فصل: في زواج الحر من الأمة:

ولا يجوز لحر أن يتزوج أمة حتى يعدم الطول للحرة ويخاف العنت. والطول صداق الحرة.

والعنت: الزنا.

فإن عدم الطول، ولم يخش العنت لم يجز له نكاح الأمة، وكذلك إن وجد الطول وخشي العنت.

وتعقب: فإن مقابله منصوص لا مخرج .

ولابن عبد السلام جواب عنه تركناه لضعفه.

قوله: (ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة حتى يعدم الطول للحرة ويخاف العنت).

عبر فيها[١] : بلا ينبغي.

وظاهر كلام عياض: أنها على التحريم ، وَصَرَّحَ به المغربي، ونقل عن بعضهم أنه حملها على بابها.

قوله: (والطول: صداق الحرة، والعنت: الزنا، فإن عدم الطول ولم يخش العنت لم يجز له نكاح الأمة ، وكذلك إن وجد الطول وخشي العنت).

ظاهره: أن وجود الحرة ليست بطول تمنعه إن خشي العنت، وهو كذلك، قاله مالك فيها.

وقيل: بل هي طول، رواه محمد.

وعلى الأول فظاهر كلام الشيخ: أنه الصداق فقط، وهو كذلك.

وقيل: يزاد مع ذلك النفقة والمؤنة، قاله أصبغ وابن حبيب ، فهذه ثلاثة أقوال: وفي المسألة قول رابع: وهو قدرته على ما يشتري به أمة كقدرته على ما يتزوج به حرة. نقله ابن الحاجب[٢] ، وسَلَّمَه ابن عبد السلام .

وقال ابن راشد: لم أقف عليه، وظاهر الآية خلافه .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٤٩).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٧).

فصل: في نكاح الأمة على الحرة:

وإذا تزوج حُر حُرة، ثم تزوج عليها أمة، ففيها روايتان: إحداهما: أن نكاح الأمة باطل. والأخرى: أنه صحيح. والحرة بالخيار في نفسها بين إقامتها مع زوجها وبين فراقه.

وقال عبد الملك: الحرة بالخيار في فسخ نكاح الأمة وفي إقراره.

قلت: وكذلك قال بعض شيوخنا: لا أعرفه، لكن هنا هو مقتضى [علة][1] إرقاق الولد .

وخامس: وهووجود الأمة تحته طول .

وسادس: وهو قدر ما يتوصل به إلى دفع العنت ، وكلاهما نقله ابن الحاجب أيضًا.

قال ابن راشد: ولم أقف عليهما.

وعلى القول بأن الَّطْول قدر ما يتزوج به الحرة، فظاهر كلام الأكثر: أنه لا يشترط أن تكون مسلمة بل الحرة الكتابية طَوْل، واشترط ابن العربي في «**أحكام القرآن**»[2] له أنه تكون مسلمة، ولم يحك خلافه، ومثله لابن الحاجب[3].

قوله: ([باب في الجمع بين الحرة والأمة بالنكاح][4].

وإذا تزوج حرٌّ حرَّةً ثم تزوج عليها أمة ففيها روايتان :

إحداهما : أن نكاح الأمة باطل .

والرواية الأخرى: أنه صحيح والحرة بالخيار في نفسها بين إقامتها مع زوجها وبين فراقه.

وقال عبد الملك: الحرة بالخيار في فسخ نكاح الأمة وفي إقراره).

الرواية الأولى جارية على أن وجود الحرة تحته طول .

---

(١) في أ: على.

(٢) «أحكام القرآن» (١/ ٥٠٢، ٥٠٣).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٧).

(٤) سقط من ب.

فصل: في نكاح الحرة على الأمة:

إذا تزوج الحر حُرة على أمة تحته، ولم تعلم الحرة بالأمة ففيها روايتان: إحداهما: أنه لا خيار لها لأنها فرطت في تعرف ذلك. والرواية الأخرى: أن لها الخيار.

ولو كان تحته أمتان فتزوج حرة عليهما فعملت الحرة بإحداهما، ولم تعلم بالأخرى لكان لها الخيار على إحدى الروايتين، ولا خيار لها على الرواية الأخرى.

والرواية الثانية: هي نصها(١)، وقول عبد الملك.

وروي عن مالك أيضًا.

وقال اللخمي: أرى أن تخير في بقاء الأمة معها، فإن أبت خير الزوج في طلاق أيهما أحب.

واستحسن إن أراد أن يطلق الحرة أن يعلمها ذلك فقد ترضى حينئذٍ بالبقاء.

وإذا فَرَّعْنَا على قولها فقال فيها(٢): ولا تقضي إلا بواحدة.

وظاهرها: لو قضت بالثلاثة فإنه لا يلزم إلا واحدة، والزائد ساقط.

وقال في «كتاب محمد» في عكس المسألة: إن طلقت بالبتات كانت ثلاثًا، وخالفت السنة.

وخرّجها الباجي هنا.

قوله: **(وإذا تزوج حرٌّ حرةً على أمة تحته، ولم تعلم الحرة بالأمة ففيها روايتان: أنه لا خيار لأنها فرطت في تعرف ذلك، والرواية الأخرى: أن لها الخيار، ولو كانت تحته أمتان فتزوج حرة عليهما فعلمت الحرة بأحداهما ولم تعلم بالأخرى لكان لها الخيار على إحدى الروايتين، ولا خيار لها على الرواية الأخرى).**

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٧٢).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٥٠).

. . . .

❋ ❋ ❋

الرواية الثانية: هي نصها[١]، المراد تخييرها في نفسها.

الرواية الأولى هي التي كان يقول أولًا، ثم رجع إلى ما فيها.

وظاهر ما في «كتاب محمد»: أن لها الخيار في نكاح الأمة.

وَضَعَّفَ اللخمي تعليل الرواية الأولى؛ لأن تزويج الحر الأمة نادر، والنادر لا حكم له.

❋ ❋ ❋

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١٩).

باب: في العزل ولحوق الولد

فصل: العزل ولحوق الولد:

ولا يعزل الرجل عن زوجته حرة كانت أو أمة إلا بإذنها أو بإذن أهلها إن كانت أمة.

باب: في العزل ولحوق الولد معه

قوله: (ولا يعزل الرجل عن زوجته حرة كانت أو أمة إلا بإذنها، أو بإذن أهلها إن كانت أمة).

المعروف: جواز العزل من غير كراهة.

وروى ابن عبد الغفور: كراهيته، حكاه ابن عات، ونحوه لابن العربي [(١)].

وما ذكر من شرط إذن الحرة لا أعلم خلافه .

وما ذكر من شرط إذنها إن كانت أمة [مثله للباجي[(٢)]][(٣)].

وقيل: إنه لا يشترط؛ بل إذن سيدها فقط، وهو ظاهر «الموطأ»[(٤)]، ونص «الكافي»[(٥)].

ابن عات عن [المشاور][(٦)]: وللحرة أخذ عوض عنه لأجل معين ولها الرجوع متى شاءت، [وترد][(٧)] ما أخذت.

وأما التسبب في إسقاط الماء من الرحم قبل الأربعين:

فقال اللخمي: إنه جائز .

---

(١) «القبس» (٢/ ٧٦٢).

(٢) «المنتقى» (٤/ ١٤٢).

(٣) في ب: مسلمة، الباجي.

(٤) «الموطأ» (٢٢٠٩).

(٥) «الكافي» (٢/ ٥٦٣).

(٦) في أ: المعنى.

(٧) في ب: وترك.

ولو كان يعزل عنها بإذنها أو بغير إذنها ثم أتت بولد كان لاحقًا به، ولا يُسقطه العزل عنه.

وإذا أقر بوطء أمته، فأتت بولد فنفاه، وذكر أنه كان يعزل عن أمته لم يسقط عنه بعزله عن أمته إلاّ أن يكون استبرأها بحيضة، فإنه يجوز له نفيه بعد وطئه إياها ....

وقال ابن العربي في «القبس»[1]: لا يجوز بالاتفاق.

وحكى عياض في «إكماله»[2] القولين للعلماء، وظاهره: أنهما ليسا في المذهب.

قوله:(ولو كان يعزل عنها بإذنها أو غير إذنها ثم أتت بولد لكان لاحقًا به ولا يسقط العزل عنه).

ظاهره: ولو كان العزل بينًا.

وقال اللخمي: إن كان كذلك فلا يلحق به.

والصواب عندي: ما دل كلام الشيخ؛ لأن الماء قد يغلبه ولو اليسير منه.

وأما الوطء في الدبر وبين الفخذين مع الإنزال، ففي ذلك قولان، ولو كان الإنزال بين شفري الفرج فإنه يلحق بلا خلاف.

وقال ابن القاسم : ولو قال: كنت أطأ ولا أنزل لم يلزمه الولد.

قوله: (وإذا أقر بوطء أمته فأتت بولد فنفاه، وذكر أنه كان يعزل عن أمته كان لاحقًا به ولم يسقط عنه بعزله، إلا أن يكون استبرأها بحيضة فإنه يجوز له نفيه بعد وطئه إياها).

ما ذكر من اعتبار الاستبراء هو المشهور.

وفي «كتاب ابن سحنون» عن المغيرة: لا يبرأ منه إلا إلى [خمس][3] سنين.

وهذا منه تضعيف للاستبراء، وعلى الأول فحيضة كافية كما قال الشيخ، وهو المشهور.

---

(١) «القبس» (١/ ٧٦٣).

(٢) «الإكمال» (٤/ ٦١٥).

(٣) في ب: بخمس.

والقول قوله في الاستبراء بغير يمين وقد قيل: لا يقبل قوله إلا باليمين.

فصل: لحوق الولد من الوطء بملك اليمين:

ولو كانت له أمة يقر بوطئها، فأتت بولد فنفى أن تكون ولدته، وذكر أنها التقطته لتلحقه به، لم يثبت نسبه إلا بشهادة امرأتين على ولادته. فإن أقر بوطئها أو بولادتها، ونفى الولد، فقال: ليس هو مني، لحق به وسقط قوله.

قال ابن الحاجب[1]: وانفرد المغيرة بثلاث حيض .

قال ابن عبد السلام: وهو غير صحيح، فإن ابن يونس[2] ذكره عن عبد الملك عن مالك.

قلت: وعزاه اللخمي لعبد الملك [في كتابه][3] لا لروايته.

قوله: (**والقول قوله في الاستبراء بغير يمين ، وقد قيل: لا يقبل قوله إلا باليمين**).

القول الأول تأول على قولها[4]: «هو مصدق »، والقول الثاني هو قول عيسى .

وظاهر كلام الشيخ: سواء كان متهمًا أم لا ، وهو كذلك .

وقال ابن مسلمة: إنما يحلف إن اتهم.

قوله: (**ولو كانت له أمة يقرّ بوطئها فأتت بولد فنفى أن تكون ولدته، وذكر أنها التقطته لتلحقه به لم يثبت نسبه إلا بشهادة امرأتين على ولادته ، فإن أقر بوطئها وولادتها ونفى ولدها فقال : ليس هو مني، لحق به وسقط قوله**).

ما ذكره به قال مالك.

وقيل: يقبل قولها وإن لم يشهد لها امرأتان، قاله مالك أيضًا فيها[5].

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٣٩).

(٢) «الجامع» (٤/ ٢٠٢).

(٣) سقط من ب.

(٤) «المدونة» (٢/ ٢٣٢) .

(٥) «المدونة» (٢/ ٢٣٢).

فصل: في لحوق الولد من نكاح الحرة والأمة:

وإذا عقد الرجل نكاحًا على زوجة حرة أو أمة وأمكنه وطؤها، ثم أتت بولد لَمْ تلد النساء لمثله بعد عقده لحق به، ولم تحتج المرأة إلى شهادة على الولادة، وهي في ذلك بخلاف الأمة.

❁ ❁ ❁

وقال ابن المواز: يقبل قولها إن صدقها جيرانها أو من حضرها وليس يحضر مثل هذا الثقات.

واختار اللخمي بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة الرجوع إلى دلائل الأحوال في ذلك من اللبن ودوام النفاس وتغير الوجه إن اختلفا قرب ما تزعم أنها ولدت .

واختلف إذا توفي سيدها وهي حامل منه:

فقيل: تكون حرة إذا تبين الحمل بتحريك الولد وهو قول ابن القاسم .

وقيل: لا تكون حرة حتى تضع الحمل لاحتمال أن ينفش الحمل، وهو قول ابن الماجشون، وسحنون، وكلاهما عن مالك.

واختلف إذا أنكر السيد الولادة وليس معها ولد، وأتت بامرأتين على الولادة هل تكون أم ولد أم لا؟

قوله: (وإذا عقد الرجل على زوجته حرة أو أمة وأمكنه وطؤها ثم أتت بولد لما يلد النساء لمثله بعد عقده عليها لحق به، ولم تحتج المرأة إلى شهادة على الولادة، وهي في ذلك بخلاف الأمة) .

يريد الستة أشهر فأكثر، وَصَرَّحَ به الشيخ في أواخر «كتاب اللعان» .

❁ ❁ ❁

باب: العيوب في النكاح

فصل: في العيوب التي توجب رد الزوجة:

قال: والعيوب التي توجب الرد في النكاح أربعة:

الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج وهو القرن، والرتق، والبخر، والإفضاء، وهو أن يكون المسلكان واحدًا.

باب: العيوب في النكاح

قوله: (قال: والعيوب التي توجب الرد في النكاح أربعة : الجنون، والجذام ، والبرص، وداء الفرج).

ما ذكره هو [مذهبنا بالاتفاق](١) .

وذهب **أهل الظاهر** إلى أنها لا ترد من عيب أصلًا ، وإنما ترد بالعيب السلع المعيبة.

وذهب **النخعي** والثوري وأبو ثور إلى أنها ترد بما ترد به السلع .

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنها لا ترد إلا من الرتق .

ومذهب **الشافعي** كمالك، ودليلنا قول عمر وعليّ ،ولا مخالف لهما في ذلك.

وظاهر **كلام الشيخ**: وإن قلَّ الجنون والجذام والبرص ، وهو كذلك في الجميع .

وقال **ابن رشد**(٢): ونحوه للخمي في البرص إن كان كثيرًا أو يسيراً لا تؤمن زيادته ردت باتفاق، وإن أمنت زيادته فباختلاف .

وقوله: (وداء الفرج وهو الرتق والقرن والبخر والإفضاء وهو أن يكون المسلكان واحدًا).

داء الفرج: ما يمنع الوطء أو لذته كالرتق والعَفَل.

وفي «وثائق ابن العطار»: ما يمنع الجماع.

وتعقبه ابن الفخار .

---

(١) في ب: مذهبها باتفاق.

(٢) «البيان» (٤/ ٣١٩).

وكذلك لو تزوجها وهي في عدة جاهلاً، ثم دخل بها، ثم علم، فله ردها، وهي بمنزلة العيوب التي ذكرناها.

وأما بخر الأنف فظاهر قول مالك أنها لا ترد به ، وَخَرَّجَ اللخمي على قول الشيخ أنها ترد به؛ لأنه أحرى.

قوله: (وكذلك لو تزوجها وهي في عدة جاهلًا ،ثم دخل بها ثم علم بها فله ردها وهي بمنزلة العيوب التي ذكرناها).

هذه المسألة ذكرها فيها(١) **وقال**: يفسخ النكاح ويرجع على الولي بالصداق إن كان هو الغارّ ، وإن كانت هي رجع عليها وترك لها ربع دينار .

وكلام الشيخ - رحمه الله تعالى- فيها في غاية الإشكال؛لأن قوله : «**فله ردها**» يقتضي أنه مخير ، ولا قائل به ، ويؤيده قوله بإثره: ‹وهو بمنزلة العيوب التي ذكرنا، ولهذا كان الشيخ أبو عليّ بن علوان يستشكله ، وارتضاه بعض شيوخنا قائلًا: إلا أن يحمل قوله : «فله» بمعنى عليه ، وهو بعيد لما قلناه بإثره.

وقول القرافي(٢): «قال الشراح» يريد في الرجوع بالمهر بعيد جدًّا ، والموجب لذكرها في هذا الموضع وقوعها فيها في هذا الفصل .

واعلم أنه لأجل هذه المسألة يكتب أصحاب «الوثائق»: «أنها خلو من الزوج ، وفي غير عدة منه».

ولو سكت [عنه](٣) وكانت ثيبًا فقالت بعد ذلك : أنا حامل أو لم يأت قرب.

فقال ابن [عات](٤): [إذا لم يأت](٥) لها من الوقت الذي خليت فيه ما يتبين فيه الحمل فالنكاح مفسوخ .

وقال ابن العطار: لا يقبل قولها إذ لعلها ندمت على النكاح .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٧٨).

(٢) «الذخيرة» (٤/ ٤٢٥).

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: عتاب.

(٥) سقط من أ.

ولا ترد المرأة بالعمى، ولا بالعور، ولا بالسواد، ولا إذا كانت ولد زنا، ولا بشيء من العيوب كلها، إلا أن يشترط السلامة من ذلك، فيكون له الرد بشرطه.

ووقع لابن أبي زيد(١) : إذا تزوجت الثيب ثم قالت : لم أحض وظننت أن عدتي بالشهور، أنها إن كانت ممن تجهل ذلك عمل على قولها إلا أن تتهم.

قوله: (**ولا ترد المرأة بالعمى ، ولا بالعور ، ولا بالسواد ، ولا إذا كانت ولد زنا، ولا بشيء من العيوب كلها إلا أن يشترط السلامة من ذلك فيكون له الرد بشرطه**).

ظاهره: إذا وجدت سوداء أنه لا رد له ، وإن كان أهلها بيضًا.

قال اللخمي: وهو ظاهر قول مالك، وقال ابن حبيب : ترد منه إذا كانت من أهل بيت لا سواد فيهم.

فإذا عرفت هذا فقول ابن الحاجب(٢): «وقالوا: أن من ليس في أهلها أسود كشرط البياض» اعترضوه من حيث أنه لم يتفق عليه، بل هو قول ابن حبيب خاصة، حتى قال خليل(٣): المشهور خلاف ما ذكره، وما ذكرناه من محمل الخلاف إذا كان أهلها بِيضًا هو الذي ينقله الأكثر.

ولابن رشد في رسم «يوصي » من سماع عيسى ما نصه(٤): قال ابن حبيب: ترد السوداء والقرعاء ،وإن لم تقر بذلك [كالعيوب](٥) الأربعة .

ابن عبد السلام: وإذا سلم قول ابن حبيب ففي إلحاق الرجل [على المرأة](٦) نظر.

قلت: لا نظر فيه ولا يلحق بها بل هو أخف؛ لأن الرغبة في الرجل غير حمالة غالبًا.

وقال شيخنا أبو مهدي . رحمه الله تعالى: وظاهر كلام الشيخ إذا وجدها صغيرة

---

(١) «النوادر» (٥/ ٤٢).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٧٢).

(٣) «التوضيح» (٣/ ٣٢٠).

(٤) «البيان» (١٥/ ٢٢٦).

(٥) في أ: بالعيوب .

(٦) قي ب: بالمرأة.

فصل: في العيوب التي توجب رد الزوج:

وللمرأة أن ترد الرجل بالجنون، والجذام، والعنة، ....

جدًا؛ [أنها][(١)] لا ترد، ولو كان الزوج جاهلًا بذلك، وهو كذلك.

وظاهره: ولو وجدها عجوزًا ، وهو كذلك في «الموازية».

وقال اللخمي: إن بلغت السن و[الغَنَاء][(٢)] وقام للزوج دليل على عدم العلم رد؛ لأن العادة فيمن بلغ ذلك ألَّا يتزوج فهو كالشرط ، وكذلك قال في الصغيرة بنت أربع سنين أو خمس وما أشبه ذلك؛ لأنها كالرتقاء إذا كان في [الكبر إلا][(٣)] أن تبلغ الوطء مضرة.

وما ذكر الشيخ أنه إذا [اشترط السلامة عمل عليه][(٤)] هو قولها، والمعروف.

[ولأبي عمران عن الدمياطي][(٥)] عن ابن القاسم: لا رد [له][(٦)] في غير العيوب الأربعة ولو اشترط السلامة.

فإذا عرفت هذا فقول اللخمي: «إن شرط السلامة فله الرد متى وجد بها عيبًا قولًا واحدًا» قصور.

قوله: (وللمرأة رد الرجل بالجنون والجذام والعنة).

قوة كلامه تقتضي: فيما حدث به قبل [عقد][(٧)] النكاح وأنه [تخير المرأة فيه من غير ضرب أجل في الجنون][(٨)]، وهو كذلك قاله في «النكاح الأول» منها .

---

(١) في ب: لأنها .

(٢) في أ: الغنى، وفي ب: البناء.

(٣) في ب: الصبر إلى.

(٤) في ب: شرط السلامة عمل عليها.

(٥) في ب: ولأبي عمر أن الدمياطي.

(٦) في ب: لك.

(٧) سقط من ب.

(٨) في ب: يختبر المرأة فيه حتى غير ضرب أجل في المجنون.

واختلف قوله في البرص، فذكر عنه فيه روايتان:

وقيل: بل [تؤجل][(١)] سنة، قاله ابن زرب في [خصاله][(٢)].

وأما ما حدث من الجنون بعد [عقد][(٣)] النكاح فظاهر كلام الشيخ: «أنه غير معتبر»[(٤)] وهو نص «التلقين»[(٥)] ومثله في سماع عيسى، ونحوه لابن حبيب.

وفيها في «النكاح الثاني»[(٦)]: أنه يعزل عنها ويؤجل سنة ، فإن صح وإلا فرق بينهما، وهو المشهور

وظاهر كلام الشيخ يقتضي في الجذام، [وإن قلّ][(٧)] وهو كذلك إذا كان قبل العقد بلا خلاف ، وأما ما حدث بعده وكان مما يرجى برؤه في العلاج وقدر على علاجه فليضرب له الأجل، قاله فيها[(٨)] .

قال أبو إبراهيم: ويعني بالأجل المعهود وهو سنة ، وهذا هو المشهور وأحد الأقوال الثلاثة .

وقال أشهب: لا يفرق بينهما إلا أن يكون متفاحشًا، [تُغَضّ][(٩)] الأبصار دونه.

وقال اللخمي في «النكاح الأول»: [يفرق من كثيره لا من قليله][(١٠)] حتى يتفاحش لاطلاعه عليها فلا يعجل بالفراق .

قوله: (وقد اختلف قوله في البرص، فذكر عنه في ذلك روايتان :

---

(١) في ب: يؤجل.

(٢) «الخصال» (ص/ ١٦٠).

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: أنه لا كلام لها.

(٥) «التلقين» (٢/ ١٥٥).

(٦) «المدونة» (٢/ ١٨٧).

(٧) سقط من أ.

(٨) «المدونة» (٢/ ١٨٧).

(٩) في ب: تقصر.

(١٠) في ب: يعرف بين كثيره لا بين قليله.

إحداهما: أنه ترد به كما ترد المرأة.

والرواية الأخرى: أنه لا يرد بخلاف المرأة.

فإن اختارت فراقه قبل الدخول بها فلا صداق لها إلا في العنين وحده؛ لأنه عار لها. وإن طلقها بعد الدخول بها ولم تكن علمت بعنته فلها الصداق كله.

والفرقة في هذه المسائل كلها تطليقة واحدة. فإن تزوجها بعد ذلك كانت عنده على تطليقتين.

إحداهما: أنه يرد به كما ترد به المرأة .

والرواية الأخرى: أنه لا يرد به بخلاف المرأة).

الرواية الأولى رواها ابن القاسم فقال: يرد به قبل العقد .

فقال اللخمي: يريد ولو قلّ.

والرواية الثانية رواها أشهب.

وقال ابن رشد: ما قبل العقد شديد يفرق به اتفاقًا

وفي يسيره كان لها رده على أنه على اختلاف، وأما بعد العقد فإن كان يسيرًا فلغو اتفاقًا، وفي كثيره يفرق بينهما على اختلاف .

قال المتيطي: يعرف الجذام والبرص بالرؤية ما لم يكن بالعورة فيصدق الرجل .

وقال بعض الموثقين: حكى بعض شيوخنا: نظر الرجل إليه كنظر النساء إلى المرأة.

قوله: (**فإن اختارت فراقه قبل الدخول بها فلا [صداق][1] لها إلا في العنين وحده؛ لأنه غارٌّ لها وإن طلقها بعد الدخول بها ولم تكن علمت بعنته فلها الصداق كله، والفرقة في هذه المسائل كلها بتطليقة واحدة ، فإن تزوجها بعد ذلك كانت عنده على تطليقتين**).

ما ذكر مثله في «الكافي»[2] .

---

(١) في ب: خيار.

(٢) «الكافي» (٢/ ٥٩٢).

....

❀ ❀ ❀

وقال أبو محمد[١]: عن ابن حبيب: إن طلق لعيب لاطلاعها عليه قبل بنائه فلا مهر لها في خصي ولا مجبوب ولا عنين ولا حصور إذ لا أجل في ذلك.

وكذا المجنون بعد السنة.

ومثله نقل المتيطي وابن فتوح.

وأما لو اطلعت عليه بعد البناء فلها المهر في المجنون والأبرص، والخصي القائم الذكر أو نصفه لا في المجبوب الممسوح، والحصور في ذي الذكر [كالزر][٢].

❀ ❀ ❀

(١) «النوادر» (٥/ ٢٩٣).

(٢) في ب: كالذكر.

باب: نكاح الشغار

فصل: في نكاح الشغار:

ونكاح الشغار باطل يفسخ أبدًا، قبل الدخول وبعده. وقد اختلف قوله في فراقه، هل هو فسخ أو طلاق، فإن فسخ قبل الدخول فليس فيه صداق، وإن فسخ بعد الدخول استحق فيه صداق المثل،........................

باب: في نكاح الشغار[1]

قوله: ([قال][2]: ونكاح الشغار باطل، يفسخ قبل الدخول وبعده ،وقد اختلف قوله في فراقه، هل هو فسخ أو طلاق ، فإن فسخ قبل الدخول فليس فيه صداق ، وإن فسخ بعد الدخول استحق فيه صداق المثل).

ما ذكر أنه يفسخ مطلقًا ويعني به في صريح الشغار هو المشهور، وأحد الأقوال الثلاثة .

وقيل: يمضي بالدخول، ورواه عليّ بن زياد.

وقيل: يمضي بالعقد، حكاه ابن بشير[3] عن مالك.

وأخذه السيوري وابن شبلون من قولها[4]: «فيه الإرث والطلاق».

ورده ابن سعدون بأن قولها بالإرث فيه إنما هو لفوت موضع الفسخ بالموت، والمعروف أن الشغار يكون فيمن تجبر ومن لا تجبر .

وقال الباجي[5]: عن بعض الناس : إنه إنما يكون فيمن تجبر على النكاح خاصة، وأما من يعتبر رضاها فلا يدخله الشغار ، وإنما هو كالتي تزوج بغير صداق يفسخ قبل البناء ويثبت بعده على الاختلاف في ذلك .

---

(١) قال ابن العربي: نكاح الشِّغَار: «هو المعاوضة بالبضع بالبنات والأخوات» ، اهـ. «المسالك» (٥/ ٤٩٨).

(٢) سقط من ب.

(٣) «التنبيه» (٢/ ٤٣-أ).

(٤) «المدونة» (٢/ ٩٨)، و«التهذيب» (٢/ ١٣٢).

(٥) «المنتقى» (٣/ ٣٠٩).

فإن سُمي لإحداهما صداق ولم يسمّ للأخرى فسخ نكاح التي لم يسمّ لها صداقها قبل الدخول وبعده وفسخ نكاح المسمى لها قبل الدخول استحبابًا، وثبت بعد الدخول، ووجب لها صداق المثل.

ولو زوّجه على أن [يزوجه][(١)] ولم [يذكرا مهرًا ولا إسقاطًا][(٢)] فهو كصريح الشغار، قاله ابن العربي.

واختلف في علة تحريم صريح الشغار:

فقيل: لإسقاط الصداق فيه، قاله القاضي إسماعيل، والباجي[(٣)]، وابن شعبان[(٤)] وابن القصار، ونحا إليه الشيخ بعد.

وقال القابسي أيضًا : [إنما][(٥)] اختلف قول مالك في فسخه للاختلاف في معنى الشغار؛ لأن اتفق عليه من لفظ الحديث قوله: «نهى عن الشغار»[(٦)] وباقي الحديث من تفسير نافع.

وقال أبو عمران: إنما هو هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أم لا؟

قوله: (**وإن سُمِّيَ لإحداهما صداق، ولم يسم للأخرى فسخ نكاح التي لم يسم لها الصداق قبل الدخول وبعده،وفسخ نكاح المسمى لها قبل الدخول بها استحبابًا، وثبت بعد الدخول ووجب لها صداق المثل**).

لما تكلم على صريح الشغار تكلم على المُرَكَّب منه ومن وجهه، ومنه يفهم

---

(١) في أ: زوجه.

(٢) في ب: يذكروا مهرًا ولا إسقاطه.

(٣) «المنتقى» (٣/ ٣١٠).

(٤) «الزاهي» (ص/ ٤٤٧).

(٥) زيادة من ب.

(٦) أخرجه البخاري (٥١١٢) ، ومسلم (١٤١٥) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما.

....

❁ ❁ ❁

القسم الثالث، وهو: إذا كان وجه الشغار فيهما، قال فيها[1] في حكم وجه الشغار: ابتداء لا خير فيه .

ومعناه: أنه لا يجوز، وهو المشهور .

وقال ابن أبي حازم في «المدنية» : لا بأس به ، حكاه المتيطي.

وعلى الأول فقال فيها[2]: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده.

وظاهره: أنه يجب فسخه .

وقول الشيخ بالاستحباب جرى فيه على ما تقدم فيما فسد لصداقه، واطلع عليه قبل البناء، وقد تقدم ما فيه، ولهذا أجرى بعض الشيوخ هنا قولاً بالفسخ بعد الدخول من الصداق الفاسد ، ذكره خليل.

وظاهر قول الشيخ : «لها صداق المثل مطلقًا».

ولفظًا لكل واحدة صداق المثل ولا يلتفت إلى ما سميَّاه.

سحنون: إلا أن يكون ما سميَّاه أكثر من صداق المثل فلا ينقصان على التسمية .

واختلف في قول سحنون:

فقال الأكثر: إنه تفسير وحمله بعضهم على الخلاف .

وقيل: لها الأكثر إن دخلا، وإن دخل أحدهما فقط فمهر المثل مطلقًا . قاله ابن لبابة .

❁ ❁ ❁

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٠٠).

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٣٢).

باب: نكاح المتعة

فصل: في نكاح المتعة:

ونكاح المتعة باطل، وهو أن يقول الرجل للمرأة: متعيني بنفسك يومًا أو شهرًا أو مدة من الزمان معلومة بكذا وكذا.

باب: نكاح المتعة

قوله: [(قال][1] : ونكاح المتعة باطل وهو: أن يقول الرجل للمرأة: متعيني بنفسك يومًا أو شهرًا أو مدَّة من الزمان معلومة بكذا وكذا) .

في كلامه تقديم التصديق على التصور وقد علمت ما فيه، واستقر الإجماع على أنه لا يجوز.

وما روي عن ابن عباس من إجازته فقد رجع عنه.

وظاهر قول «**الشيخ أو مدة من الزمان**» يقتضي قرب الزمان أم لا؟

قال المغربي: وهو ظاهرها .

قلت: والصواب: إن كان أجلًا لا يَحْيَيَان إليه غالبًا: إنه جائز ، وعليه يحمل قولها[2]، وبه قال شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى.

وَصَوَّرَه ابن رشد[3] بأن شروط النكاح من الوليّ وغيره [حصلت][4] لكنه وقع التوافق على انحلاله بعد شهر مثلًا.

وقيل: بل هو بغير وليّ وبغير صداق وبغير شهود، قاله ابن عبد البر في «التمهيد»[5]، ولم يحفظه الفاكهاني[6].

---

(١) سقط من ب .

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٣٨).

(٣) «البيان» (٤/ ٢٧١).

(٤) سقط من أ.

(٥) «التمهيد» (١٠/ ٩٥).

(٦) «التحرير والتحبير» (٢/ ق١٠٥أ) .

والفرقة في ذلك فسخ بغير طلاق قبل الدخول وبعده، ويجب فيه بعد الدخول صداق المثل إلا أن تكون هناك تسمية، فيجب المسمى ويسقط الحد، ويلحق الولد وعليها العدة كاملة، وكذلك نكاح النهارية، وهي التي تنكح على أنها تأتي زوجها نهارًا ولا تأتيه ليلاً، فالحد فيه ساقط، والمهر لازم، والولد لاحق والعدة واجبة.

وقال [القاضي][(١)]: إنه ظاهر أحاديث مسلم.

قوله: (**والفرقة في ذلك فسخ بغير طلاق وقبل الدخول وبعده**).

ما ذكره هو أحد القولين ، **وقيل**: بل بطلاق .

قوله: (**ويجب فيه بعد الدخول صداق المثل إلا أن يكون هنالك تسمية فيجب المسمى ويسقط الحد ويلحق الولد وعليها العدة كاملة**).

ما ذكر أن لها المسمى ، هو أحد القولين .

وقيل: إنما لها صداق المثل لا المسمى .

قال اللخمي: والأول أحسن؛ لأن فساده في عقده .

ولو قيل: صداق المثل إلى المدة التي ضرباها لكان وجهًا [فَيُقَوَّم][(٢)] على الوجه الفاسد لو كان يجوز كما تقوم الثمرة والزرع على مستهلكه ولا تعطى صداق المثل كالمدبر.

قوله: (**وكذلك نكاح النهارية ، وهي التي تنكح على أن تأتي زوجها نهارًا ولا تأتيه ليلًا، والحد فيه ساقط والمهر لازم والولد لاحق والعدة واجبة**).

كلامه كالصريح في أنه ابتداء لا يجوز، وهو كذلك.

قال مالك[(٣)]: لا خير فيه .

قال ابن القاسم: ويفسخ قبل البناء ويمضي بعده .

---

(١) زيادة من «شرح الرسالة» لابن ناجي .

(٢) في ب: فيقدم .

(٣) انظر : «النوادر» (٤/ ٥٥٨)، و«الكافي» (٢/ ٥٣٢) ، و«البيان» (٤/ ٣٠٩).

....

❁ ❁ ❁

قال فيها[١] في آخر «النكاح الثاني» في فصل القسم بين الزوجات وَعَبَّرَ عنها: «إذا اشترط ألا مبيت».

وقال عيسى ابن دينار: يفسخ مطلقًا، نقله ابن رشد[٢].

وعليه يكون لها المسمى إذا وقع الدخول؛ لأنه جعل فساده في عقده وهو ظاهر كلام الشيخ، وعلى الأول يكون لها صداق المثل لأنه جعل فساده في [صداقه][٣] كما صَرَّحَ به في «كتاب محمد».

وأما لو تزوج المسافر ليفارق إذا سافر، وفهمت ذلك المرأة، ففي جوازه ومنعه قولان لمالك ومحمد ذكرهما اللخمي.

❁ ❁ ❁

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٢٥).

(٢) «البيان» (٤/ ٣١٠).

(٣) في ب: طلاقه.

باب: الاجتماع في خطبة النكاح

فصل: في الاجتماع في خطبة النكاح:

ولا بأس أن يخطب جماعة امرأة مجتمعين أو متفرقين ما لم توافق واحدًا منهم وتسكن إليه. فإن وافقت واحدًا منهم وسكنت إليه، لم يجز لغيره أن يخطبها حتى يعدل الأول عنها ويتركها فيجوز لغيره أن يخطبها.

فإن خطب على خطبته وعقد النكاح على ذلك وثبت عليه فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده. ولها بعد الدخول المهر، وعليها العدة، فإن فسخ قبل الدخول، فلا مهر ولا عدّة عليها.

باب: الاجتماع في خطبة النكاح

قوله: (**قال: ولا بأس أن يخطب جماعة امرأة مجتمعين أومتفرقين ما لم توافق واحدًا منهم وتسكن إليه، فإن وافقت واحدًا منهم وسكنت إليه لم يجز لغيره أن يخطبها حتى يعدل الأول عنها ويتركها، فحينئذٍ يجوز لغيره أن يخطبها**).

تسامح الشيخ في قوله: «وافقت » ، وإنما أراد إذا ركنت للغير، فإنه لا تحل خطبتها.

وظاهره: وإن لم يقدر الصداق، وهو كذلك على المشهور.

وقيل: لابد من شرط تقديره، قاله ابن نافع .

قال ابن القاسم: وذلك في [المتقاربين][1]، فأما فاسق وصالح فلا.

وفي سماع ابن أبي أويس : أكره لمن أمره رجل أن يخطب له أن يخطب لنفسه ، وأراها خيانة ، وما سمعت فيه رخصة.

وتأوله بعض الناس على إذا خص نفسه ، وأما إذا أعلمها بالباعث [له][2] أوّلًا، ثم يخطب لنفسه فإنه جائز، وفعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه.

قوله: (**فإن خطبها على خطبته وعقد النكاح على ذلك وثبت عليه فسخ نكاحه قبل الدخول بها وبعده ، ولها بعد الدخول المهر وعليها العدة وإن فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ولا عدة عليها**).

---

(١) في ب : المتقارنين .

(٢) سقط من ب .

....

❁ ❁ ❁

ما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة عن مالك.

وعنه: بعكسه لا يفسخ مطلقًا.

وعنه: يفسخ قبل البناء لا بعده، وهو المشهور.

❁ ❁ ❁

باب: في الحباء والزيادة في الصداق

فصل: فيما يشرط على الزوج مع الصداق:

ومن تزوج امرأة بصداق مسمى وشرط عليه وليها مع الصداق كسوة أو حليًّا أو خادمًا أو غير ذلك، فجميع ما شرط عليه مع الصداق حكمه حكم الصداق، وللمرأة مطالبته به قبل الدخول وبعده، فإن طلقها قبل الدخول بها سقط عنه نصفه ولزمه نصفه.

باب: في الحباء والزيادة في الصداق

فصل: فيما يشرط على الزوج مع الصداق:

قوله: **(قال: ومن تزوج امرأة بصداق مسمى، وشرط عليه وليها مع الصداق كسوة أو حليًّا أوحباءً أو خادمًا أو غير ذلك، فجميع ما شرط عليه مع الصداق حكمه حكم الصداق، وللمرأة مطالبته به قبل الدخول وبعده فإن طلقها قبل الدخول بها سقط عنه نصفه ولزمه نصفه).**

ما ذكره لا أعرف خلافه، وهي [أكثرية][1] بين البادية والقواد الجاهلون [يردون][2] ذلك لبيت المال ويعتقدون أنهم على هدى، ومنهم من يرده لها عمدًا وعدوانًا، ولم أمكنهم من ذلك في ولايتي بباجة فيما يبلغني وأعرّفهم بالحكم الشرعي وأرفع أيديهم عنه.

وأما الهدايا إذا جرى بها عرف للمرأة ولم تشترطه فاختلف هل يقضى بها أم لا؟ على قولين، وعلى القول بالقضاء بها فهل تجري [مجرى][3] الصداق وهو قول ابن حبيب، أو تبطل عن الزوج في الموت والطلاق، قاله مالك في ذلك قولين، وعلى قياس قول مالك هذا إن طلق بعد دفعها لم يرجع بشيء منها.

---

(١) في ب: اكترته.

(٢) في أ: يريد.

(٣) في ب: على.

فصل: في الهدية والهبة مع الصداق:

فإن تزوج على صداق مسمى، ثم أهدى إليها أو إلى أحد من أهلها هدية أو حباه بحبوة أو صنع به معروفًا، ثم طلقها قبل الدخول بها، فلا رجعة له في هبته لها ولا لغيرها من أهلها، وهو مفارق لما شرط عليه من عقدة النكاح.

فصل: الزيادة في الصداق:

وإن نكحها على صداق ثم زادها بعد ذلك في صداقها ثم طلقها قبل الدخول بها سقط عنه نصف ما زادها وإن مات قبل أن يدخل بها لم يجب لها شيء مما زادها. قاله ابن القاسم، والقياس عندي أن تجب الزيادة لها.

وعلى القول بأنه لا يحكم بها فهي هبة لا بد لها من [حيازتها][1].

قوله: (**فإن تزوجها على صداق مسمى ثم أهدى إليها أو إلى أحد من أهلها هدية، أو حباه بحبوة، أو صنع به معروفًا ثم طلقها قبل الدخول بها فلا رجعة له في هبته لها ولا لغيرها من أهلها وهو مفارق لما شرط عليه مع عقد النكاح**).

يريد: ولا يجري به الخلاف من الخلاف فيه هبة أحد الزوجين صاحبه؛ لأن النكاح مبني على المكارمة كما تقدم في هبتها صداقها لزوجها.

قوله: (**وإن نكحها على صداق ثم زادها بعد ذلك في صداقها ثم طلقها قبل الدخول بها سقط عنه نصف ما زادها ،وإن مات قبل الدخول بها لم تجب شيء مما زادها لأنها عطية لم تقبض . قاله ابن القاسم، والقياس عندي أن تجب الزيادة لها**).

قول ابن القاسم هو قولها[2] .

وأراد بقوله: «القياس» أي: على الطلاق، وبه قال الأبهري وغيره من أصحابه .

وذكر ابن بشير[3] القولين ولم يعزهما .

قال: وسبب الخلاف في الملحق بالعقد هل يعد كالمنفصل عنه أو واقع فيه.

---

(١) في أ: حيازة .

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٩٥).

(٣) «التنبيه» (٢/ ٣٠-ب).

باب: في العفو عن الصداق

فصل: العفو عن الصداق:

ويجوز للثيب أن تعفو عن صداقها أو تطالب به زوجها، ولا شيء للولي معها. فأما البكر، فإن وليها يطالب بصداقها وليس له أن يسقط عنه شيء منه إلا بإذنها إلا الأب وحده فإن له أن يعفو عن زوج ابنته البكر إذا طلقها قبل الدخول بها، فيسقط عنه نصف الصداق الذي استحقه، وليس له أن يعفو عنه قبل الطلاق، ولا بعد الدخول، والصداق ثابت للابنة وملك من أملاكها، ومال من مالها.

باب: في العفو عن الصداق

قوله: **(قال: ويجوز للثيب أن تعفو عن صداقها أو تطالب به زوجها ولا شيء للولي معها).**

يريد «بالثيب» التي بلغت كما يشير إليه بعدُ، وأما التي قبل بلوغها فهي كالبكر.

قوله: **(فأما البكر فإن وليها يطالب الزوج بصداقها، وليس له أن يسقطه عنه، ولا شيء منه إلا بإذنها إلا الأب وحده، فإن له أن يعفو عن زوج ابنته البكر إذا طلقها قبل الدخول بها فيسقط عنه نصف الصداق الذي استحقته وليس له أن يعفو عنه قبل الطلاق ولا بعد الدخول، والصداق ثابت للابنة وملك من أملاكها، ومال من مالها).**

ما ذكر من قوله: «**إلا بإذنها**» خلاف ظاهر [إطلاقها][1] والاستثناء بعد النفي يفيد الحصر، فيقتضي أن الوصي ليس كالأب، وهذا هو المشهور.

وقيل: إنه كالأب، وهو الأقرب عندي.

وما ذكره في الأب هو قول مالك.

وقال ابن القاسم: إلا بوجه النظر من عسر الزوج فيخفف عنه، ونظره بذلك جائز، فأما لغير طلاق ولا وجه نظر لها فلا يجوز، وكلاهما فيها[2].

عياض[3]: ذهب بعض شيوخنا إلى أن قول ابن القاسم خلاف.

(١) سقط من أ.

(٢) «المدونة» (٢/ ١٦٣)، و«التهذيب» (٢/ ١٣٨).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٦٣٢).

فصل: إسقاط السيد الصداق عن زوج أمته:

ولسيد الأمة أن يسقط الصداق عن زوج أمته قبل الطلاق وبعده، قبل الدخول وبعده؛ لأن مال أمته كماله، له انتزاعه والتصرف فيه، وما لم ينتزعه فهو مال للأمة دونه.

فصل: فيمن بيده عقد النكاح:

والذي بيده عقد النكاح عند مالك - رحمه الله - هو الولي، وهو الأب في ابنته البكر، في الموضع الذي بيناه، والسيد في أمته على ما شرحناه، وليس هو الزوج.

وقال آخرون منهم: إنه وفاق محتجين بأنه يجوز له أن يزوجها بأقل من مهر مثلها وبحكاية ابن القصار عن مالك كقول ابن القاسم نصا في باب التفويض.

وزاد في التفويض «إذا رضيت» قال: فزيادته رضاها، حمله بعض الأندلسيين على أنها قولة ثالثة لابن القاسم اشترط فيها رضاها مع رضى الولي، فتأولها بعضهم أنه إنما تكلم هناك في الرضا، وأن له أن يزوج بأقل من الصداق إذا رآه نظرًا في البكر والثيب السفيهة.

المتيطي: الحكم بقول ابن القاسم.

قلت: وقول ابن القاسم في عسر الزوج كأنه إحالة للمسألة، والله أعلم.

ويحمل قوله على أنه قصد التمثيل لا الحصر.

قوله: (ولسيد الأمة أن يسقط الصداق عن زوج أمته قبل الطلاق وبعده لأن مال أمته كماله له انتزاعه والتصرف فيه، وما لم ينتزعه فهو مال للأمة دونه).

وقال ابن بشير: في المسألة الأولى يشترط أن [لا][1] يعفو عن جملة الصداق فيعرَى النكاح عن المهر، وما ذكره يأتي هنا.

قوله: (والذي بيده عقد النكاح عند مالك. رحمه الله. هو الولي وهو الأب في ابنته البكر في الموضع الذي بيناه، والسيد في أمته على ما شرحناه، وليس هو الزوج).

أشار الشيخ بقوله: «**في الموضع الذي بيناه**» أن الثيب قبل البلوغ كالبكر كما سبق له في جبرها، وظاهر قولها خصوصية البكر، وذلك يجري على الخلاف [في إجباره][2] إياها، ونص فيها في «كتاب إرخاء الستور» على جبرها، ومثله البكر المعنسة.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ب.

باب: نكاح التفويض

فصل: في نكاح التفويض:

ونكاح التفويض جائز، وهو أن يتزوج الرجل المرأة من وليها، ولا يذكران صداقًا، فإن أعطاها صداق مثلها لزمها تسليم نفسها،....................

باب: نكاح التفويض

قوله: (ونكاح التفويض جائز، وهو أن يتزوج الرجل المرأة من وليها ولا يذكران صداقها).

فيه تقديم الصداق على التصور، والجواب بالشعور وإن حسن هنا [أو][1] في مثله فهو لا يطرد.

وما ذكر من جوازه فهو متفق عليه، قاله ابن حارث وغيره.

قوله: (فإن أعطاها صداق مثلها لزمها تسليم نفسها).

ما ذكره من لزومها تسليم نفسها إذا [بذل][2] صداق مثلها لا أعلم فيه خلافًا.

فإن قلت: [أليس][3] أنه يمكن أن يتخرج قول بأنه لا يلزمها إلا أن ترضى من قول مطرف.

وروي عن مالك في «هبة الثواب»: إنما يهب الناس ليعاوضوا أكثر.

قلت: لا يتخرج لوجهين:

أحدهما: أن النكاح مبني على المكارمة بخلاف الهبة.

الثاني: أن نكاح التفويض أثبت عليه أحكام كالميراث والمتعة فناسب اللزوم، والله أعلم.

واختلف هل يعتبر صداق المثل يوم العقد أو يوم الحكم؟ على قولين حكاهما عياض[4] وغيره.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: أبدل.

(٣) في ب: اليسير.

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٦٠٤).

وإن أعطاها أقل من صداق مثلها لم يلزمها تسليم نفسها إلا أن ترضى بذلك.

قوله: (وإن أعطاها أقل من صداق مثلها [لزمها تسليم نفسها، وإن أعطاها أقل من صداق مثلها] [١] **لم يلزمها تسليم نفسها إلا أن ترضى بذلك).**

وحيث لا ترضى فإنه تقع الفرقة بينهما بطلاق، نَصَّ على ذلك فيها[٢]، وبذلك اعترض ابن عبد السلام قول ابن الحاجب[٣]: «وللمرأة طلب النقد قبل الدخول، فإن وقع الرضا وإلا فسخ » فإنه ظاهر في أنه بغير طلاق .

وما ذكر من اعتبار رضاها معناه: إذا كانت رشيدة ،وأما إن كانت بكرًا ذات أب فالنظر في ذلك للأب باتفاق، قاله أبو حفص العطار .

وأما التي عليها وصي فالمشهور يعتبر رضاهما معًا إذا كان نظرًا .

وقيل: ذلك موقوف على رضى الوصي فقط.

وأما التي لا أب لها ولا وصي:

فقال ابن القاسم: لا يعتبر رضاها .

وقال غيره: بل يعتبر، والقولان فيها[٤] .

وحمل الأشياخ المسألة على من لم يعلم حالها بسفه ولا رشد ، وأما إذا علم السفه والرشد فيعمل عليه بلا خلاف .

وقال ابن الحاجب [٥]: وفي رضى السفيهة غير المولى عليها بدونه قولان .

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه معترض بما نسب للشارحين ، فإن أراده فليس هو مختص بهذا النقل بل ذكره ابن بشير وابن شاس[٦] ولم يذكروه على أنه تأويل عليها.

---

(١) سقط من الأصل ، والمثبت من «التفريع» .

(٢) «المدونة» (٢/ ١٦٢)، و«التهذيب» (٢/ ٢١٠).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٧٩).

(٤) «المدونة» (٢/ ١٦٤)، و«التهذيب» (٢/ ٢١١).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٧٩).

(٦) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٨١).

فإن طلقها قبل الدخول بها فلا صداق لها.

ولها المتعة وسنذكر شرح المتعة للمطلقات بعد هذا.

وإن دخل بها فلها صداق مثلها إلا أن ترضى بأقل منه.

فصل: الصداق في نكاح التفويض إذا مات أحد الزوجين:

فإن مات أحدهما قبل الدخول والتسمية فللآخر الميراث منه، ولا صداق للمرأة ولا لورثتها، وإن نكحها نكاح تفويض وهو صحيح، ثم مرض ففرض لها صداقًا وهو مريض، ثم مات قبل الدخول بها فلها الميراث، ولا صداق لها بفرضه، لأنها وصية لوارث.

فإن دخل بها في مرضه فلها صداق مثلها من رأس ماله، وإن فرض لها بعد دخوله بها وهو مريض في مرضه الذي مات فيه، وكان ما فرضه لها أكثر من

قوله: (فإن طلقها قبل الدخول بها فلا صداق لها ولها المتعة، وسنذكر شرح المتعة للمطلقات بعد هذا).

ما ذكره متفق عليه.

قوله: (وإن دخل بها فلها صداق مثلها إلا أن ترضى بأقل منه).

المعتبر في صداق مثلها هنا يوم الدخول؛ لأنه يوم الفوت بلا خلاف.

قوله: (وإن مات أحدهما قبل الدخول والتسمية فللآخر الميراث منه ولا صداق للمرأة ولا لورثتها).

ما ذكره من نفي الصداق هو المشهور.

وقيل: يلزمه كالمدخول بها، حكاه عبد الحميد الصائغ.

قوله: (وإن نكحها نكاح تفويض، وهو صحيح ثم مرض ففرض لها صداقًا وهو مريض ثم مات قبل الدخول بها فلها الميراث ولا صداق لها بفرضه لأنها وصية لوارث.

وإن دخل بها في مرضه فلها صداق مثلها من رأس ماله، وإن كان ما سماه أكثر

صداق مثلها، فلها صداق مثلها، والزيادة على ذلك ساقطة.

فصل: في تفويض المهر:

ويجوز في نكاح التفويض أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم

من صداق مثلها فالزيادة على ذلك ساقطة).

ما ذكره مثله فيها[١] ، وهي مسألة مشكلة؛ لأنه إذا مات قبل أن يطأ لا شيء لها؛ لأنها وصية لوارث فأجروا الصداق مجرى الوصية، وحكموا لها بأن صداقها إذا وطئها يكون من رأس المال ، وهذا يدل على أن الصداق ليس كالوصية .

قال ابن عبد السلام: ولأجل هذا نسب ابن الحاجب[٢] هذه المسألة لها فقال : «وفيها» وذكر المسألة.

فإن قلت: إنما وجب لها الصداق إذا وطئها من باب قيم المتلفات، ألا ترى أنا حكمنا لها بالأقل من المسمى أو صداق المثل .

قلت: هذا كلام لا بأس به لولا أنه [معترض][٣] بالمريض إذا نكح في مرضه ومات، فإنهم جعلوا الصداق في الثلث، ولم يعدوه من باب قيم المتلفات.

وأجابه خليل عن هذا: بأن العقد وقع في مسألتنا صحيحًا فلما أسند الدخول إليه لزم أن يكون [فيه ما ذكر من الصداق من رأس المال، بخلاف نكاح المريض لو وقع العقد فيه][٤] فاسدًا.

قلت: وهكذا فَرَّقَ اللخمي بينهما فما ذكر مأخوذ منه .

وما تقدم من أن لها الأقل لا يعطيه كلام الشيخ؛ لأن كلامه يقتضي أن لو كان المسمى أقل لما كان لها إلا صداق المثل ففي كلامه قلق ، ومراده ما صَرَّحَ به غيره .

قوله: (ويجوز في نكاح التفويض أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم

---

(١) «المدونة» (٢/ ٨٨).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٧٩).

(٣) في ب: منقوضه .

(٤) سقط من ب.

وليها أو حكم أجنبي تفوض الصداق إليه، ويكون الحكم في ذلك كله على ما بيناه، وتفويض المهر والبضع بمنزلة واحدة، والأمر فيه على ما شرحناه إذا أطلق قبل الدخول ولا شيء عليه، فوضت المرأة إليه بضعها أو مهرها.

وليها أو حكم أجنبي يفوض الصداق إليه، ويكون الحكم في ذلك له على ما بيناه ، وتفويض المهر والبضع بمنزلة واحدة، والأمر فيه على ما شرحناه إذا طلق قبل الدخول فلا شيء عليه، فوضت المرأة إليه بضعها أو مهرها).

اختلف في جواز التحكيم على أربعة أقوال :

أحدها: ما ذكر الشيخ، وهو قول مالك.

والثاني: أنه مكروه ، قاله ابن القاسم، ثم رجع إلى الأول.

قال فيها (١): وكان ابن القاسم يكره هذا النكاح حتى بلغه أنه قول مالك فأخذ به وأجازه .

وقال غيره: ما قال عبد الرحمن : [إن قوله لا يجوز ويفسخ ما لم يفت بدخول](٢) ؛ لأنه خرج عن [حد](٣) ما أرخص فيه من التفويض، ففسر الكراهة بالتحريم وأنه يفسخ قبل البناء.

والثالث: إن كان [الحاكم](٤) الزوج جاز، وإن كان غيره لا يجوز، قاله ابن الماجشون عن ابن حبيب.

ورأى الشيخ أبو القاسم وابن الكاتب: أنه لا يختلف في صحة هذا الوجه ، وإنما الخلاف إذا كان المحكم غيره .

وقال التونسي واللخمي: الخلاف في الجميع وهو ظاهرها .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٠٤).

(٢) في ب: أن لا يجوز ما لم يفت بدخول .

(٣) في ب: عقد .

(٤) في أ: الصحيح .

....

❁ ❁ ❁

والرابع: يجوز إلا في [تحكم][1] المرأة وحدها فيمنع ويفسخ ما لم يدخل، قاله ابن الماجشون أيضًا في «كتاب محمد» .

وقول اللخمي: يمنع ، ولو كان في الزوج ابتداء فإن وقع مضى عند ابن القاسم .

خامس: وما تقدم من قولها حتى بلغه أنه قول مالك فأخذ به، لا يدل على أنه مقلد؛ لأنه يحتمل أن يكون قال أولًا ما نسب إليه على منهاج قول مالك، مثل ما يُسأل الواحد منا فيجيب بأن الأمر كذا بناء على أصل المذهب ، فإذا وجد المنقول عن مالك خلافه مما لا تدفعه أصوله رجع إليه .

ومثل هذا لا يلزم منه أن يكون الواحد منا مقلدًا، ألا ترى لكثرة مخالفته لمالك.

قال ابن عبد السلام: [قاله][2] بعض شيوخنا.

فظاهره: أنه مجتهد مطلقًا، وهو بعيد؛ لأن بضاعته من الحديث مزجاة، والأظهر ما قاله ابن التلمساني في «شرح المعالم»: أنه مجتهد في مذهب مالك فقط، كابن شريح في مذهب الشافعي.

يريد: أنه مقلد لمالك في أصول المسائل مجتهد في تفاريع ذلك.

وهذه إحدى المسائل التي ذكر فيها عبد الرحمن، وإليك النظر في بقيتها، ولولا الإطالة لذكرناها.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: تحكيم .

(٢) في ب: قال .

باب: في المتعة ولمن هي من الزوجات

فصل: في متعة المطلقات:

والمتعة من المطلقة مستحبة غير مستحقة، وليس لها قدر مخصوص، وهي لكل مطلقة مدخول بها، إلا ثلاث نسوة:

باب: في المتعة للمطلقات

قوله: (قال: والمتعة للمطلقات مستحبة غير مستحقة).

أراد بقوله: «مستحبة» أي: فضيلة، وهو المشهور.

وقيل: إنها واجبة يقضى بها، قاله ابن مسلمة.

وعن ابن بشير(١): وجوبها فقط لبعض أشياخه، وبه قال ابن حبيب، والأبهري، والسيوري.

وقال أبو محمد صالح: هي سُنَّة سقط العمل بها، [فإن حمل ظاهر كان ثالث](٢).

قوله: (وليس لها قدر مخصوص).

يعني: وإنما هي على قدر حاله وحالها، وبه قال ابن خويز منداد، وابن رشد(٣).

واختلف في المسألة على ثلاثة أقوال:

أحدها: هذا.

وقيل: على قدر حالها فقط، قاله أبو عمران.

وقيل: عكسه [بل](٤) على قدر حاله، قاله ابن عبد البر(٥).

قوله: (وهي لكل مطلقة مدخولٌ بها كانت أو غير مدخول بها إلا ثلاث نسوة:

---

(١) «التنبيه» (٢/ ٣٥أ).

(٢) هكذا بالأصل.

(٣) «البيان» (٥/ ١٠٢).

(٤) سقط من أ.

(٥) «الاستذكار» (٦/ ١١٨).

الملاعنة، والمختلعـة، والمطلقة قبل الدخول بها وقد فرض لها، هي على الحر، والعبد والحرائر والإماء والزوجات المسلمات والمشركات إلا

الملاعنة والمختلعة ، والمطلقة قبل الدخول بها ، وقد فرض لها).

زاد فيها(١): المصالحة والمفتدية والأمة تعتق فتختار نفسها .

[**وزاد**](٢) اللخمي: من قامت بعيب الزوج أو بعدم النفقة ، وأما من طلقها زوجها عن [مقابحة](٣) فظاهر المذهب أن لها المتعة .

وقال الباجي(٤): لا متعة لها كالملاعنة.

واختلف في المُخَيَّرة على قولين:

قال ابن بشير(٥): والمشهور نفي المتعة ، وهكذا تجري الأقوال في المُمَلَّكَة.

وهو قصور؛ لنقل ابن رشد(٦) الخلاف فيها بالنص.

ولما ذكر ابن يونس(٧) عن بعض [فقهائنا](٨) أن لها المتعة في الصورتين، قال: وكذلك الذي يتزوج على الحرة أمة فتختار نفسها لها المتعة .

وأما المُطَلَّقة طلاقًا رجعيًّا فظاهر كلام الشيخ أن لها المتعة، وَصَرَّحَ به بعد.

ومعناه: إذا لم يرتجع حتى خرجت من العدة ، وأما ما دامت فيها فلا متعة لها مطلقًا ، وَصَرَّحَ بما ذكرناه فضل.

وقال أبو عمران: ينظر فإن كانت نيته رجعتها لم يمتعها، وإلا متع ثم إن بدا له فراجعها لم يرجع لأنها كالهبة المقبوضة.

قوله: (وهي على الحر والعبد للحرائر والإماء، الزوجات المسلمات والمشركات إلا

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٣٨)، و«التهذيب» (٢/ ٢٠٥).

(٢) في أ: وأراد .

(٣) في أ: مخالعة .

(٤) «المنتقى» (٤/ ٨٩).

(٥) «التنبيه» (٢/ ٣٦ب).

(٦) «البيان» (٥/ ١٠٧).

(٧) «الجامع» (٤/ ٤١٧).

(٨) في ب: الفقهاء .

من ذكرناه منهن، وإلا الإماء المشركات؛ لأنه لا يجوز نكاحهن لمسلم.

ولا يحكم بها الإمام، ولا يفرضها، ولكن يأمر بها، ويندب إليها ويحض عليها.

من ذكرناه منهن).

ظاهره كظاهرها: أنها على العبد وإن كره سيده، وهو كذلك، صَرَّحَ به ابن وهب، وهو صحيح؛ لأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في حقوقه والمتعة من حقوق النكاح والطلاق وهو مأذون له فيه .

وعارض بعض أصحابنا قولها بقولها في المأذون[1]: لا يَعُق إلا بإذن سيده .

وأجبته بوجهين :

أحدهما :أن المتعة تقرب من الصداق [فهي محاسنة][2] بخلاف العقيقة فإنها شبه الأجنبي .

الثاني: أن أبا حنيفة يقول بوجوب المتعة فلعل مالكا راعاه، ولا قائل بوجوب العقيقة، وإنما الخلاف في مشروعيتها .

وَسَلَّمَ ما ذكرته أهل الدرس، ثم ظهر لي بطلان الثاني لنقل أبي عمر بن عبد البر عن الظاهرية منهم داود إلى أن العقيقة واجبة فرض[3].

قال : وهو قول الحسن البصري وأبي بردة الأسلمي.

قوله: (ولا يحكم الإمام بالمتعة ولا يفرضها ولكن يأمر بها ، ويندب إليها ويحض عليها).

هذا زيادة بيان؛ لأنه معلوم أن المستحب لا يحكم به .

❁ ❁ ❁

---

(١) «المدونة» (٤/ ٤٥٣)، و«التهذيب» (٤/ ٤-٥) .

(٢) في أ: فهي مجانسة .

(٣) «الاستذكار» (٥/ ٣١٥) .

باب: النفقة على الأزواج في النكاح

فصل: في شروط وجوب النفقة:

والنفقة واجبة على الأزواج بالعقد والتمكن من الاستمتاع، ولا تجب بمجرد العقد، ومن تزوج فلا نفقة عليه حتى يدخل بها أو يدعى إلى ذلك فيمتنع منه

ومن تزوج صغيرة فلا نفقة عليه حتى تبلغ الوطء، وإذا تزوجت امراة صبيًّا صغيرًا فلا نفقة عليه حتى يبلغ الوطء،..........

باب: النفقة على الأزواج

قوله:(قال: والنفقة على الأزواج واجبة بالعقد والتمكن من الاستمتاع،ولا تجب بمجرد العقد، فمن تزوج امرأة فلا نفقة عليه حتى يدخل بها أو يدعى إلى ذلك فيمتنع منه).

ظاهره: إذا لم يَدّع أنه لا نفقة لها وإن كانت يتيمة، وهو كذلك في «الوثائق المجموعة» ، وبه الفتوى، وأحد الأقوال الثلاثة .

وقال ابن عبد الحكم: تجب بالعقد مطلقًا .

وقال سحنون: إن كانت يتيمة فالثاني وإلا فالأول.

ويريد الشيخ بقوله: تلزمه النفقة إذا دعي إذا مضى بعد العقد القدر الذي العادة [أن [يتربص][1] بالدخول إليه ، وما تتشور فيه][2]، وَصَرَّحَ به اللخمي .

قوله:«ومن تزوج صغيرة فلا نفقة عليه حتى تبلغ الوطء).

ما ذكره في الصغيرة متفق عليه ، وإطلاق المرأة عليها مجاز .

ويريد «**بالوطء**»: إطاقته.

قوله: (فإذا تزوجت امرأة صبيًّا فلا نفقة عليه حتى يبلغ الوطء) .

ما ذكر من اعتبار البلوغ في الصغير هو المشهور.

وقيل: إنما يعتبر إطاقته فقط كالصغيرة، رواه ابن شعبان[3].

---

(١) في ب: تربص .

(٢) في ب: إليه .

(٣) «الزاهي» (ص/ ٤٢٢).

وإذا تزوج الصغيران فلا نفقة على الزوج حتى يبلغا جميعًا.

فصل: في سقوط النفقة:

وإذا دخل الرجل بامرأته ولزمته نفقتها، ثم نشزت عنه ومنعته نفسها سقطت نفقتها إلا أن تكون حاملاً، فإذا عادت من نشوز، وجبت في المستقبل نفقتها، ....

قال اللخمي: والأول أحسن، للعادة أن الزوج لا يدخل إلا بعد الاحتلام.

قلت: لو كانت عادة ما اختلف في ذلك، والصواب عندي الثاني هو في حق الصغيرة اتفاقًا .

قوله: **(فإذا تزوج الصغيران فلا نفقة على الزوج حتى يبلغا جميعًا).**

أي: يحتلم الصبي وتطيق الصغيرة الوطء عملًا بما فوقه .

قوله: **(وإذا دخل الرجل بامرأته ولزمته نفقتها ثم نشزت عنه ومنعته نفسها سقطت نفقتها إلا أن تكون حاملًا، وإذا عادت من نشوزها وجبت في المستقبل نفقتها).**

ما ذكره في النَّاشِز هو أحد الأقوال الستة:

وقيل: لها النفقة مطلقًا، وعكسه، وكلاهما لمالك، حكى الأول محمد، والثاني ابن المنذر.

وقيل: إن كان بسبب هَرَبها لدعواها أنه طلقها فلا نفقة .

وإن قالت: إنما فعلته بغضًا فيه، فلها النفقة كالعبد الآبق، قاله سحنون .

وقيل: إن كانت معه في منزل فلها النفقة فإن خرجت منه فلا نفقة لها، قاله في «كتاب الوقار» .

وهذه الأربعة حكاها ابن يونس[1].

وقيل: إن قدر على [ردها][2] ولم يفعل فلها النفقة، وإن كان عاجزًا فلا، قاله أبو الحسن القابسي، وعزاه ابن الحاجب[3] للرواية المشهورة، وبه أنا أقضي منذ وليت؛

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٢٣).

(٢) في ب : صرفها .

(٣) «جامع الأمهات» (ص٢٨٧).

ولا تسقط نفقة المرأة بحيضتها ولا بنفاسها ولا بصومها، ولا باعتكافها ولا بحجها، ولا بمرضها، ولا بحبسها في حق عليها، ولا بحبس زوجها، وسواء حبسته هي في حقها أو حبسه غيرها.

فصل: في النفقة عند غياب الزوج:

وإذا غاب الرجل عن امرأته فنفقتها لازمة له ، وكذلك إذا غابت هي عنه بإذنه،

لظهور صوابه ، ولذلك أزيد من سبعة عشر عامًا.

قوله: (ولا تسقط نفقة المرأة لحيضتها ولا نفاسها ولا صومها ولا اعتكافها ولا حجها، ولا بمرضها ولا بحبسها في حق عليها، ولا بحبس زوجها، وسواء حبسته هي في حقها أو حبسه غيرها).

ما ذكره ليس فيه خلاف في المريضة هل يلزمه ما تقدر عليه أو الوسط؟

واختلف فيها في التي خرجت قليلة الأكل وطلبت قوتًا كاملًا:

فقال أبو عمران: يقضى لها بالوسط وتصرف الفاضل فيما أحبت .

وقال ابن سهل: لا يكون لها إلا ما تقدر عليه من الأكل، وأما لو وجدها فادحة الأكل فلا كلام له، وهي مصيبة نزلت به؛ لأنها لا تُرَدّ إلا من العيوب الأربعة، قاله بعض القرويين .

قلت: والجاري على قول أبي عمران أنه لا يلزمها إلا الوسط؛ لأنه المدخول عليه، [وتتمم][(١)] الباقي من مالها إن كان، وإن لم يكن فيتممه عنها إما من صداقها إن كان أو بنية الرجوع عليها إن حدث لها مال.

وما ذكر أنها لا تسقط بحبسها: أما في حق زوجها أو غيره واضح إذا لم تقصد ضرره ، وانظر إذا قصدته فهل يدخله الخلاف السابق في الناشز، وهو الأقرب أم لا؟

قوله: (وإذا غاب الرجل عن امرأته فنفقتها لازمة له ، وكذلك إذا غابت هي عنه بإذنه).

---

(١) في ب: تتم .

وإذا أراد سفرًا فله أن يسافر بها إذا كان مؤمونًا عليها محسنًا إليها ، فإن امتنعت من السفر معه سقطت نفقتها.

ظاهره: وإن كان فقيرًا فعليه تتداين عليه ويقضى لها، وهو كذلك، صَرَّحَ به في «كتاب محمد».

والمشهور: لا يجب عليه إذا لم يكن له مال قال فيها في «كتاب النكاح الثاني»[1]: ولا تجب على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال يعدَّى ، ويباع فيها عرضه وربعه إن لم يكن له عين .

وكنت أقول في درس شيخنا - حفظه الله تعالى- : الصواب أنه لا يباع عليه ولا العروض لاحتمال دَيْنٍ عليه أو موت كما قيل في إسقاط زكاة ماله.

وكان لا يرتضي مني ذلك، مُفَرِّقًا بأن في مسألتنا النفقة ترتبت قبل الغيبة فهو شك في المانع ، وفي الزكاة شك في المقتضي ، والشك في المانع لا يقدح بخلاف شك المقتضي.

وما ذكره مقتبس من كلام ابن رشد في «أجوبته»[2].

قوله: (وإذا أراد سفرًا فله أن يسافر بها إذا كان مؤمونًا عليها محسنًا إليها ، فإن امتنعت من السفر معه سقطت نفقتها).

ظاهره: أنه لا يخرج بها حتى يثبت أنه مأمون عليها ومحسن إليها ، وبه قيدت قولها[3]: «وللرجل أن يظعن بزوجته من بلد إلى بلد وإن كرهت وينفق عليها».

وبه أنا أقضي؛ لأن الزوج لا يطلب ذلك عندي إلا إذا [أسكنته][4] دار عدل أو طلبته بذلك.

وظاهرها: وإن بَعُدَ جدًّا، وهو الذي كان شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ يُرَجِّح، ولم يرتض قول أبي إبراهيم تقييدها به.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١٨) .

(٢) «مسائل ابن رشد» (١/ ٢٧٠).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤٠٤).

(٤) في ب: سكنته .

فصل: الاختلاف في النفقة:

إذا اختلفت المرأة وزوجها في نفقة مدة مضت لها، فادعى الزوج أنه قد أنفق عليها، وأنكرت المرأة ذلك فالقول قوله مع يمينه حاضرًا كان أو غائبًا إلا أن ترفع المرأة أمرها إلى الحاكم في غيبة زوجها، فيفرض لها الحاكم نفقتها، ثم يقدم زوجها فيدعي أنه كان يبعث إليها، وأنه خلف عندها ما تنفق.

فإنه قد اختلف قول مالك رحمه الله في هذه المسألة فذكر عنه فيها روايتان:

وظاهرها برًّا أو بحرًا، وهو كذلك بلا خلاف أعلمه، ومعناه: إذا كان الغالب الأمن من العدو وليس في زمن هيجانه .

ويريد: إذا كانت الطريقة مأمونة، وتكون البلدة التي يمشي إليها تتمشى فيها الأحكام الشرعية تمشية تامة، ويتحفظ القضاة في هذا الجزء جدًّا ولا يتسارعون في قبول شهادة من شهد بذلك، ولو زكاهم العدول، بل حتى يقع البحث التام عن ذلك .

وظاهرها: أن المدنية تخرج للقرية كعكسها، وهو ظاهر كلامهم.

وأفتى الشيخ أبو عليّ بن قداح وأبو القاسم الغبريني وبعض شيوخنا: أن التونسية لا تخرج للكورة كسوسة؛ لأن في ذلك [معرة][(١)] عليها وإلحاقها الضرر الشديد بخلاف خروجها للإسكندرية وفاس ، وبه أفتى شيخنا - حفظه الله تعالى- وبه أقول.

فعلى هذا ألا تخرج من الكورة للقرية ولا من القرية للبادية طردًا للعلة.

قوله: (وإذا اختلفت المرأة وزوجها في نفقة مدة مضت لها، فادعى الزوج أنه قد أنفق عليها وأنكرت المرأة ذلك، فالقول قوله مع يمينه حاضرًا كان أو غائبًا إلا أن ترفع المرأة أمرها إلى الحاكم في غيبة زوجها فيفرض لها الحاكم نفقتها ثم يقدم زوجها فيدعي أنه كان يبعث إليها وأنه خلّف عندها ما تنفق منه، فإنه قد اختلف قول مالك في هذه المسألة فذكر عنه فيها[(٢)] روايتان :

---

(١) في أ : مضرة .

(٢) «المدونة» (٢/ ١٨٢)، و«التهذيب» (٢/ ٢١٥).

إحداهما: إن القول قول الزوج مع يمينه، والأخرى: أن القول قول المرأة مع يمينها وإن سكتت عن ذكر أمرها إلى الحاكم في غيبته حتى قدم، فطالبته بالنفقة لغيبته، فالقول قوله مع يمينه.

إحداهما: أن القول قول الرجل مع يمينه، والأخرى: أن القول قول المرأة مع يمينها، فإن أمسكت عن ذكر أمره للحاكم في غيبته حتى قدم فطالبته بالنفقة لغيبته فالقول قوله مع يمينه).

ما ذكر أن الحاضر يحلف هو نصها[(١)]، ولا أعرف نصا خلافه.

وَيَتَخَرَّجُ أن لا يمين عليه من أحد القولين في أن العرف يتنزل بمنزلة شاهدين لمعرفة العفاص والوكاء إلى غير ذلك من النظائر، لكن جعلوا المشهور في معرفة العفاص عدم اليمين، وهو ظاهرها، وعزوا لأشهب اليمين بناء على أن العرف يتنزل بمنزلة شاهدين أو شاهد، فعلى المشهور يكون مناقضًا لما ذكروه هنا، والله أعلم.

وقيل في الغائب: القول قولها وإن لم ترفع إلى القاضي، نقله ابن [شاس][(٢)].

فتحصل ثلاثة أقوال كما قال ابن الحاجب[(٣)] : ثالثها: إن رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذٍ .

ولا مفهوم لقول الشيخ: «**فيفرض لها الحاكم**» ولذلك لم يذكره فيها.

وكذلك لا مفهوم لقوله: «**ثم يقدم زوجها فيدعي**» لقول ابن رشد[(٤)]: وإن مات من مغيبه فلا شيء لها إلا أن تكون رفعت أمرها إلى السلطان، حسبما ذكره ابن القاسم عن مالك.

وظاهر كلام الشيخ كظاهرها: إِنَّ رفعها للشهود وللثقات من جيرانها لغو، وهو المشهور.

وقيل: كالرفع للسلطان.

وقيل: الرفع للعدول كالرفع للسلطان، وللجيران لغو وعليه قضاة تونس.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١٥).

(٢) في أ: شاهين .

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٣٣).

(٤) «البيان» (٥/ ٣٤٢).

فصل: في الخصام في قدر النفقة:

وإذا خاصمت المرأة زوجها في قدر النفقة ولم ترضَ بنفقته عليها، ورفعت إلى الحاكم أمرها، فرض عليه نفقتها على قدر حاله من حالها، وقدر طعامها وإدامها وكسوتها، ونفقة خادمها إن كانت ممن يخدم مثلها، وأجرة مسكنها وجميع مؤنها.

قوله: (وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة ولم ترض بنفقته عليها رفعت إلى الحاكم أمرها فرض لها نفقتها على قدر حاله من حالها، يقدر لها طعامها وإدامها وكسوتها ونفقة خادمها إن كانت ممن يخدم مثلها وأجرت مسكنها وجميع مؤنتها).

الذي تستحقه الزوجة الكسوة والنفقة والغطاء والوطء وما يُمِيطُ الأذى ويزيل الشعث ومن يخدمها إذا كان واجدًا لذلك.

واختلف في ثياب مَخْرَجِهَا والمِلْحَفَة، فالظاهر من المذهب: أنه لا شيء لها.

وقال في «المبسوط»: يفرض على الغني ثياب مَخْرَجِهَا.

واختلف ما الذي يُفْرَضُ لها على أربعة أقوال:

فقيل: يفرض لها الثمن، وهو ظاهرها.

وقيل: إنما يفرض الأعيان.

وقيل: إن كانت الأعيان مما يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأثمان، وإلَّا فرض لها الأعيان.

وقيل: إن الحاكم مُخَيَّر، قاله ابن حبيب.

وظاهر قول الشيخ: إن كانت ممن تُخدم مثلها أن الأصل ألا تُخدم إلا أن يثبت أنها أهل لذلك.

وفيها في «النكاح الثاني»[1]: «وليس عليه خادم إلا في يسره، ويتعاونان في عسره في الخدمة».

فظاهرها: أنه محمول على عدم الاتساع حتى يثبت، فعلى الزوجة إثبات يسره للخدمة، وهو أحد القولين.

وقيل: بعكسه وكلاهما نقله ابن عات، وبالأول أنا أقضي.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١٩).

باب: الإعسار بالنفقة على الأزواج

فصل: في الإعسار بالنفقة:

وإذا أعسر الرجل بنفقة امرأته، ولم ترضَ بالقيام معه، فلها مفارقته بعد ضرب الأجل له والتلوم في أمره، وقد اختلف في قدر أجله ففيه روايتان:

إحداهما: شهر.

والأخرى: ثلاثة أيام، إلا أن تتزوجه فقيرًا تعلم بفقره وترضى بحاله فلا تكون لها مفارقته بعسره.

باب: الإعسار بالنفقة على الأزواج

قوله: **(وإذا أعسر الرجل بنفقة امرأته ولم ترض المقام معه فلها مفارقته بعد ضرب الأجل له والتلوم في أمره، وقد اختلف قوله في قدر أجله فعنه فيها روايتان:**

إحداهما: شهر.

والأخرى: **ثلاثة أيام، إلا أن تتزوجه فقيرًا تعلم بفقره وترضى بحاله فلا يكون لها مفارقته بعسره)**.

وفي المسألة قول ثالث: وهو التَّلَوّم شهرين.

ورابع: وهو يوم فقط.

وقيل: يوم ونحوه، إلى غير ذلك من الأقوال.

والحق ما قاله أبو عمر ابن عبد البر[1]: أن التوقيت فيها خطأ، وإنما الاجتهاد في ذلك بقدر طاقة المرأة وصبرها، ولا صبر على الجوع.

واختلف في تلوم من لا يرجى له:

فقيل: لا يتلَوّم له.

وقيل: يتلَوّم له بأقل من الذي يرجى له.

وكلاهما تأول على قولها[2]:

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٢١٠).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢١٤).

....

ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له .

وقيل: إن كان ذا هيئة وحال تلَوّم له وإلا فلا، رواه ابن شعبان(١) .

وقيل: لا يتلوم له إلا أن يذكر وجهًا يرجو منه فينتظر إن أتى لذلك بشبهة، قاله اللخمي.

واختلف من هو الذي يوقع الطلاق؟

فقيل: الزوج، قاله [أبو](٢) القاسم بن سراج.

وقيل: الزوجة؛ لأن الحق لها، قاله ابن [عات](٣)، واستحسنه مالك، وهو ظاهر قول الشيخ: «فلها مفارقته».

وقيل: الحاكم، قاله ابن عبد السلام، وهو الصحيح .

وقيل: بالأول فإن أبى فالحاكم، قاله ابن [سحنون](٤).

واختاره شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى.

قال مالك: فإن علمت المرأة أنه فقير عند نكاحه إياها فلها القيام بالنفقة إلا أن تعلم أنه من السُّؤَّال قبل نكاحه فلا حجة لها .

وكأنه عندي ظاهر كلام الشيخ، وتمم القابسي هذا القول بقوله: إلا أن يكون ممن يطوف للسؤال فترك الطواف [فلها](٥) حجة بذلك .

وقال ابن زرقون : يتحصل فيها ثلاثة أقوال:

قول ابن عبد الحكم : عليه النفقة على كل حال.

ورواية **ابن حبيب عن مالك**: لا نفقة على كل حال إذا علمت أنه فقير.

والفرق بين السائل وغيره.

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٤٢٣).

(٢) في ب: ابن .

(٣) في ب: عتاب .

(٤) في ب: فتحون .

(٥) في ب: فلا .

فصل: طلاق المعسر بالنفقة:

وطلاق المعسر بالنفقة رجعي، ورجعته موقوفة على يسره، فإنه إذا أيسر في عدتها كانت له رجعتها، وإن لم يوسر حتى انقضت عدتها، فلا رجعة له عليها، ولا يلزمه نفقة ما أعسر فيه.

قوله: (وطلاق المعسر بالنفقة رجعي، ورجعته موقوفة على يسره، فإن أيسر في عدتها كانت له رجعتها، وإن لم يوسر حتى انقضت عدتها فلا رجعة له عليها، ولا تلزمه نفقة ما أعسر فيه).

مثله فيها[١]، ولم يقع فيها بيان بمقدار ما يرتجع به، كما هو ظاهر كلام الشيخ، وفي المسألة ثلاثة أقوال:

فقيل: مقدار نفقة شهر، قاله ابن القاسم وغيره.

وقيل: بل نصف شهر كاف، قاله ابن مزين.

وقيل: ما كان يفرض عليه قَبْل، قاله ابن حبيب.

واختلف إذا أيسر في العدة ولم يرتجع فيها حتى خرجت من العدة:

فقيل لها: النفقة لقدرته على الارتجاع.

وقيل: لا، وكلاهما حكاه ابن رشد[٢].

وظاهر كلام الشيخ كما هو ظاهرها: أن المطلقة قبل البناء إذا طلقت بسبب عُسر النفقة ثم وجد قوامًا عن قرب أنه لا رجعة له، لأن المطلقة قبل البناء لا عدة عليها، وهذا هو المعروف.

وروى ابن عبد البر في «الكافي»[٣]: عن مالك: أن له الرجعة، وقال: لا أدري ما هذا.

قال أبو إبراهيم: ومثله في «ابن الجلاب».

---

(١) «المدونة» (٢/ ١٨٦).

(٢) «البيان» (٥/ ٤٠٨).

(٣) «الكافي» (٢/ ٥٦١).

والمطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة ولها النفقة في العدة، ولا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملاً، فتكون لها نفقة السكنى في العدة، وكذلك كل مطلقة بائن كالمختلعة وغيرها فهن بمنزلة المبتوتة، ....

قال بعض شيوخنا: وما ذكره عنه وَهْم.

قال خليل[١]: ولعل ما في «الكافي» محمول على ما إذا خلا بها وتصادقا على نفي الوطء، وإلا فلا يصح؛ إذ لا عدة على غير مدخول بها بنص القرآن.

قوله: (والمطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة ولها النفقة في العدة).

المشهور من المذهب أن المطلقة طلاقًا رجعيًّا لا توطأ.

قال ابن الماجشون: توطأ.

وَوَجَّهَه ابن بشير[٢]: بلزوم أحكام الزوجية بينهما من النفقة ولزوم الطلاق والتوارث وغير ذلك.

وردّه بعض شيوخنا[٣]: بأنه لا يلزم من لزوم أحكام الزوجية إباحة الوطء بدليل المحرمة والمعتكفة والحائض.

قوله: (ولا نفقة للمبتوتة [ولها السكنى دون النفقة][٤] **إلا أن تكون حاملاً فتكون لها النفقة والسكنى في العدة، وكذلك كل مطلقة بائن كالمختلعة وغيرها، فهن بمنزلة المبتوتة).**

يريد: «بالحمل»: إذا كان بيّنًا.

ويريد: إلا أن تكون الحامل لاعنها زوجها.

قال فيها[٥]: ولا نفقة للبائن، ولا كسوة إلا في الحمل البَيِّن فذلك لها ما دامت

---

(١) «التوضيح» (٤/ ١٤١، ١٤٢).

(٢) «التنبيه» (٢/ ٦٣ب).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٠٠).

(٤) سقط في ب.

(٥) «التهذيب» (٢/ ٣٨٤).

وهن السكنى دون النفقة إلا أن يكن حوامل فيكون لهن النفقة والسكنى في العدة.

حاملًا، خلا الملاعنة فإنها لا نفقة لها في حملها .

قال اللخمي: وكذلك المنعي لها تتزوج وتحمل من الثاني، ويقدم الأول فيطلقها ثلاثًا لم تكن عليه نفقة.

وظاهرها: أن لها النفقة لظهور الحمل وإن لم يتحرك .

وقيل: حتى يتحرك ، [وجعله][1] ابن رشد[2] المشهور.

وروى ابن شعبان[3]: لا نفقة لها حتى تضع فيحسب ذلك وتعطاه .

واختلف فيمن أنفق على الحمل ثم انفشَّ على أربعة أقوال:

ثالثها: [إن حكم بذلك حاكم رجع][4] .

ورابعها: عكسه.

قوله: **(ولهن السكنى دون النفقة إلا أن يكن حوامل فيكون لهن النفقة والسكنى في العدة)**.

ما ذكر من أن الحامل لها النفقة والسكنى هو كذلك بإجماع في فهم قوله سبحانه : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] .

فالسكنى داخلة في قوله: «فأنفقوا» .

واختلف فيمن التزم نفقة إنسان هل تدخل فيها الكسوة أم لا على قولين لابن زرب وابن سهل.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: وصفه .

(٢) «البيان» (٥/ ٤٠٦)، و«المقدمات» (١/ ٥٢٩).

(٣) «الزاهي» (ص/ ٤٤٥).

(٤) في ب: إن كان بحكم رجع .

باب: في نكاح المريض والمريضة

فصل: في نكاح المريض:

ولا يجوز لمريض ولا لمريضة أن يتزوجا حتى يصحا.

باب: في نكاح المريض والمريضة

قوله: (ولا يجوز لمريض ولا مريضة أن يتزوجا حتى يصحا).

يريد: إذا كان مُخَوِّفًا، وأما غير الْمُخَوِّف فجائز، وكذلك ما يكون مُخَوِّفًا إلا أنه يتطاول [كالسل][(١)] في أوله.

وَالْمُخَوِّف على وجهين:

تارة: أشرف صاحبه على الموت فلا يجوز بلا خلاف على ظاهر كلام اللخمي.

وتارة: لم يشرف عليه، فاختلف فيه على ستة أقوال:

فالمشهور: المنع، وهو الذي ذكر الشيخ.

وقيل: إنه جائز مطلقًا، رواه الأبهري، وبه قال مطرف.

وقيل: يجوز إن لم يكن مضارًا، أي: إن كانت [حاجة][(٢)] لمن يقوم به أو في الإصابة، حكاه ابن المنذر عن مالك.

وقيل: إن كانت لا ترثه فإنه جائز كما إذا [كانت][(٣)] كتابية بناء على أنه لحق الورثة، قاله أبو مصعب.

وقيل: مثله بشرط إن كان المهر ربع دينار أو تحمَّله غيره من حيث إن الإسلام والعتق نادر، وإنما المقال من جهة الصداق، فإن [تحمل][(٤)] به غيره أو كان ربع دينار جاز وإلا فلا.

وقيل: يجوز بإذن وارثه، وكلاهما قاله اللخمي.

---

(١) في أ: كالسيل.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: حَمّل.

فإن فعل أحدهما ذلك، فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، وكان الفسخ طلاقًا، فإن كان الفسخ بعد الدخول فلها صداق مثلها في رواية ابن القاسم. ولها المسمى في رواية ابن عبد الحكم من ثلثه دون رأس ماله.

ولا خصوصية للمريض بل وكذلك حاضر الزَّحْفِ، والمحبوس للقَوَد وشبههما[(١)].

قوله: (فإن فعل أحدهما ذلك فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده ، وكان الفسخ طلاقًا).

إنما تكلم على الفسخ لئلا يتوهم مراعاة الخلاف فيه بعد الوقوع كما يوجد في كثير من الأنكحة.

وما ذكر أنه بطلاق هو أحد القولين.

وقيل: بغير طلاق.

واختلف إذا شهدت بينة أنه تزوج في حال الصحة، وبينة أخرى في المرض المخوف عن ثلاثة أقوال:

فقيل: تُقَدّم بَيِّنَة الصحة، قاله أصبغ بن سعيد.

وقيل: عكسه، قاله [أبو][(٢)] القاسم بن خلف الجيري وهو مفهوم قول ابن زرب.

وقيل: [أنها ترجح][(٣)] التي هي أعدل، قاله عبد الرحمن [بن بقي][(٤)] بن مخلد، والصواب هو الأول؛ لأن بَيِّنَة الصحة ادعت صحة النكاح، وَبَيِّنَة المرض ادعت الفساد[(٥)].

قوله: (وإن فسخ بعد الدخول فلها صداق مثلها في رواية ابن القاسم ، ولها المسمى في رواية ابن عبد الحكم من ثلثه دون رأس ماله).

---

(١) انظر : «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٨٧).

(٢) في ب: ابن .

(٣) في أ: تهاتر، فرجح .

(٤) سقط من أ .

(٥) انظر : «المختصر الفقهي» لابن عرفة (٥/ ٢٣١) .

فإن صح قبل الفسخ لم يثبت النكاح عند مالك، وثبت عند ابن القاسم وعبد الملك في روايتهما جميعًا، والصداق عند مالك في ثلثه دون رأس ماله، وسواء تزوج المريض حرة أم أمة، مسلمة كانت أو كتابية، فإن نكاحه لهن كلهن باطل.

❋ ❋ ❋

وفي المسألة قول ثالث: وهو يكون لها الأقل منهما ، وبه فسر أبو عمران قولها[1] في «كتاب الأيمان بالطلاق».

وما ذكر أنه يكون في الثلث وهو نصها[2] و هو المشهور وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: يكون من رأس ماله، قاله المغيرة .

وقيل: إما ربع دينار فمن رأس المال، قاله القابسي.

قال عبد الحق[3]: وهو الذي حفظت من شيوخنا، وهو [أحسن][4]، إذ لا يستباح بضع بأقل منه ، ويدخل في الثلث ما علم وما لم يعلم.

قوله: (وإن صح قبل الفسخ لم يثبت النكاح عند مالك، ويثبت عند ابن القاسم وعبد الملك ، [والصداق عند مالك][5] في روايتهما جميعًا من ثلثه دون رأس ماله، وسواء تزوج المريض حرة أو أمة، مسلمة أو كتابية فإن نكاحه لهن كلهن باطل) .

❋ ❋ ❋

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٤١).

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٩٨).

(٣) «تهذيب الطالب» (٢/ ٣٤ ب).

(٤) في ب: حسن .

(٥) سقط من ب .

باب: نكاح المولى عليه

فصل: في نكاح المولى عليه:

قال مالك - يرحمه الله: ولا يجوز نكاح المولى عليه وهو السفيه المبذر لماله إلا بإذن وليه، فإن أذن له وليه جاز نكاحه.

باب: في نكاح الْمُوَلَّى عليه

[قوله: (ولا يجوز نكاح المولى عليه وهو السفيه المبذر لماله إلا بإذن وليه، فإن أذن له وليه جاز نكاحه)][1].

في كلامه بترٌ؛ لأن ابن القاسم رواهما عن مالك، قال فيها[2]: كان مالك يقول: لا يثبت وإن صح.

ثم عرضته عليه فقال: امحه، وأرى إن صَحّ ثبت النكاح.

قال بعض البغداديين: بناء على أن فساده لعقده أو لحق الورثة.

وقال ابن القاسم في نكاح الْمُحْرِم: إنه يفسخ ولو حَلّ من إحرامه.

قال ابن يونس[3]: لأن فساده في عقده بخلاف المريض فإنه عنده لحق الورثة.

قال ابن رشد[4]: وكذلك لا تناقض على ابن القاسم في فسخ ما اشترى في وقت النهي في الجمعة [لأنه فسد][5] لعقده وهو مخالفة النهي.

قال بعض المذاكرين من أصحابنا وهو الشيخ الفقيه القاضي أبو الحسن عليّ بن عصفور: [و][6] على القول بأنه لحق الورثة، وهو اختيار ابن القاسم. [يناقضها][7] قولها في «الأيمان بالطلاق»[8]: وإذا تزوجها في حال الصحة ثم طلقها في المرض ثم

---

(١) سقط في ب.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٠٦).

(٣) «الجامع» (٤/ ٢٩٩).

(٤) «البيان» (٥/ ٤١٠).

(٥) في أ: لكونه عقده.

(٦،٧) سقط في ب.

(٨) «التهذيب» (٢/ ٣٦٢).

وإن تزوج بغير إذن وليه فالولي بالخيار، إن شاء فسخ نكاحه، وإن شاء تركه إذا كان سداد وفسخه بطلاق، فإن نكحها المولى عليه بعد ذلك احتسب بتطليقة، وبقيت عنده على اثنتين.

تزوجها أن النكاح لا يجوز مع أنه لم يرد ضررًا؛ لأنها وارثة.

وأجابه شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى: بأن الحكم بالْمَظنَّة [إذ][(١)] تخلفت لا يضر. ولم يزل الأشياخ يمثلون بهذه المسألة والأصوليون بالمسافر الذي لا مشقة عليه في سفره.

وأمره بالمحو مبالغة في طرحه لظهور الصواب في القول المرجوع إليه.

ووقعت المسامحة في بقائه مكتوبًا؛ لأنه يصح أن يذهب إليه المجتهد يومًا ما، وهذا هو الموجب لتدوين الأقاويل التي يرجع المجتهد عنها، قاله ابن عبد السلام .

[وهذه][(٢)] إحدى المسائل الأربع التي أمر مالك بمحوها والثلاثة، الباقية في «الضحايا»[(٣)]، و«الأيمان والنذور»[(٤)]، و«السرقة»[(٥)].

قوله: (فإن تزوج بغير إذن وليه فالولي بالخيار إن شاء فسخ نكاحه وإن شاء تركه إذا كان سدادًا ، وفسخه بطلاق فإن نكحها المولى عليه بعد ذلك احتسبت بتطليقة وبقيت عنده على اثنتين).

ظاهره: وإن مات أحد الزوجين فإن له الفسخ فلا يقع توارث بينهما .

وفي المسألة أربعة أقوال:

أحدها: هذا وهو بقاء نظره مطلقًا.

وقيل: ما لم يَمُت أحد الزوجين .

وقيل: الزوج لا الزوجة.

---

(١) في أ : إذا .

(٢) في ب: وهو .

(٣) «التهذيب» (٢/ ٣٨).

(٤) «التهذيب» (٢/ ١٢٦).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٤٢).

فإن فسخ الولي نكاحه بعد الدخول بها، فلها قدر ما يستحل به فرجها، ويؤخذ الفضل عن ذلك منها، ولا تتبع السفيه بشيء من صداقها بعد فك حجره.

فصل: في زواج العبد بغير إذن سيده:

ولا يجوز لعبد أن يتزوج بغير إذن سيده، فإن تزوج بغير إذن سيده فله فسخ نكاحه وله تركه، فإن فسخه قبل الدخول فلا شيء عليه للمرأة من صداقها ....

وقيل: بالعكس.

قوله: (فإن فسخ الولي نكاحه بعد الدخول بها فلها قدر ما استحل به فرجها، ويؤخذ الفضل عن ذلك منها ولا تتبع السفيه بشيء من صداقها بعد فك حجره).

يعني: لها ربع دينار فقط.

وما ذكره هو قول مالك، وأحد الأقوال الأربعة:

وقال ابن الماجشون: لا شيء لها كما إذا لم يدخل بها .

وقال ابن القاسم: يجتهد في الزيادة لذات القدر على ربع دينار .

وقال أصبغ: تزَّاد بما يرى، ولا يبلغ صداق المثل .

قال ابن رشد[1]: وعلى الثالث لا تحديد.

وعن ابن القاسم: من المائة أربعة ونحوها.

و[عن][2] **ابن نافع**: عشرة.

قوله: (ولا يجوز لعبد أن يتزوج بغير إذن سيده).

لايريد بالعبد القن خاصة بل هو ومن فيه شائبة رق كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل.

قوله: (فإن تزوج بغير إذن سيده فللسيد فسخ نكاحه وله تركه فإن فسخه قبل الدخول فلا شيء للمرأة من صداقها).

---

(١) «البيان» (٥/ ١٢٨).

(٢) في ب: قال .

وإن فسخه بعدالدخول بها فلها من المهر قدر ما يستحل به فرجها، ويؤخذ الباقي منها، وتتبع العبد به دينًا في ذمته إذا أعتقه سيده بخلاف السفيه؛ لأن العبد حجر عليه من أجل سيده، فإذا أعتقه سيده سقط حقه، وزال حجره، والسفيه حجر عليه من أجل نفسه، فإذا فك حجره لم يتبع بشيء مما استدان في حجره؛ لأنه يوم ثبت ذلك عليه لم ينفع الحجر شيئًا.

ما ذكر من أن للسيد فسخ نكاحه لا خلاف فيه؛ لأن التزويج عيب، فللسيد إزالته .

وما ذكر من أن له أن [يجزه][1] هو المشهور .

وقال الأبهري: القياس أن يفسخ؛ لأنه نكاح انعقد على خيار.

ولما ذكر اللخمي قال: وَيَتَخَرَّجَ على قول أشهب فيمن صرف خلخالين فاستحقا وأجاز المستحق الصَّرْف لا يجوز لأنه صرف فيه خيار.

ويدخل في قول الشيخ: «وله تركه» ما إن علم بدخول عبده على امرأته وسكت فإنه لا كلام له، وهو كذلك، قاله في «العتبية» [2].

قال ابن رشد[3]: ولا يدخلها الاختلاف في السكوت هل هو إذن أم لا؟

قوله: (وإن فسخه بعد الدخول بها فلها من المهر بقدر ما يستحل به فرجها ويؤخذ الباقي منها).

ما ذكره هو المشهور.

وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيء؛ لأنه من باب الاستحقاق .

قوله: (ويتبع العبد به دينًا في ذمته إذا أعتقه سيده بخلاف السفيه؛ لأن العبد حجر عليه من أجل سيده فإذا اعتقه سيده سقط حقه وزال حجره، والسفيه حجر من أجل نفسه، فإذا فك حجره لم يتبع بشيء مما استعاذه في حال حجره، لأنه لو ثبت ذلك لم ينفع الحجر شيئًا) .

---

(١) في أ: يجبره .

(٢) انظر: «البيان» (٤/ ٤٥٩).

(٣) «البيان» (٤/ ٤٥٩).

باب: فيما لا يجوز من النكاح وما يجوز للرجل من النكاح بعد الطلاق

فصل: ما لا يجوز من النكاح بعد الطلاق الرجعي:

ومن طلق امرأته رجعيًّا، فلا يجوز له أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ما دامت الأولى في عدتها، وكذلك لا يجوز له أن يتزوج خامسة.

فصل: ما يجوز من النكاح بعد الطلاق البائن:

فإن طلقها بائنًا ثلاثًا أو طلاق خلع، جاز له أن يتزوج خامسة سواها، أو أختها أو خالتها أو عمتها، وإن كانت الأولى في عدتها؛ لأن حكمها حكم الأجنبيات، ولا ترثه ولا يرثها، ولا يلزمه طلاقها، ولا ظهارها، ولا نفقة لها عليه وأحكام النكاح منقطعة بينه وبينها.

باب: فيما لا يجوز من النكاح وما يجوز للرجل من النكاح بعد الطلاق

قوله: [(فصل: قال: ومن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا، فلا يجوز له أن يتزوج أختها ولا عمتها، ولا خالتها ما دامت الأولى في عدتها ، وكذلك لا يجوز له أن يتزوج خامسة سواها ، فإن طلقها طلاقًا بائنًا ثلاثًا أو طلاق خلع جاز له أن يتزوج خامسة سواها أو أختها أو عمتها أو خالتها، وإن كانت الأولى في عدتها؛ لأن حكمها حكم الأجنبيات لا ترثه ولا يرثها ولا يلزمه طلاقه ولا ظهاره، ولا نفقة لها عليه ، وأحكام النكاح منقطعة بينه وبينها)][1].

يريد: إلا أن يسقط عنه سيده أو السلطان قبل عقده، صَرَّحَ به فيها .

قال المغربي:ومعنى:«للسلطان إسقاطه» إذا كان السيد غائبًا؛لأنه يَذُبُّ عن مال الغائب .

وقال ابن عبد السلام: الظاهر أنه يطلب السيد منه ذلك لا أنه يتولى إسقاطه من غير طلب.

فإن قلت: إسقاط السيد عنه مشكل ؛لأنه لا يتبع إلا إذا عتق فهو في حال الملكية غير مطالب.

وما هذا شأنه فكيف يسقط فهو لا يعيبه ولو أراد بيعه.

---

(١) سقط من ب.

....

❀ ❀ ❀

قلت: ما ذكرتموه أنه مشكل قد أشكل عليّ زمانًا ، والجواب عنه من وجهين :

أحدهما لشيخنا -حفظه الله تعالى-: إنما كان له إسقاطه لأن إبقاءه في ذمته عيب؛ لقول ابن محرز: إن العبد [الكثير الدَّيْن لا يجوز][1] عتقه في الرقاب الواجبة.

والثاني : لشيخنا أبي مهدي -رحمه الله تعالى- بأن عتق الذي لا دَيْن عليه يرغب فيه أكثر من الذي عليه الدَّين للولاء ؛ لأن الولاء عصبة فيرغب فيه أكثر .

وكلاهما أجابني بما ذكر لا يراد ذلك في الدرس وبقيت زمانًا طويلًا لم نجب عنه.

❀ ❀ ❀

---

(١) في ب: الكبير الذي لا بجزء .

باب: نكاح العنين والمجبوب والخصي

فصل: في نكاح العنِّين:

ومن تزوج امرأة فادعت عُنَّتَهُ وأنكر ذلك، فالقول قوله مع يمينه إذا كانت ثيبًا.

وإن كانت بكرًا ففيها **روايتان:**

إحداهما: أن القول قوله مع يمينه كالثيب.

والرواية الأخرى: أنه ينظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر بحالها فالقول قولها، وإن قلن: قد زالت بكارتها، فالقول قول زوجها.

فإن أقر بالعُنة ضرب له أجل سنة ومكن فيها من المرأة، فإن ادعى في

باب: نكاح العنِّين والمجبوب والخَصِيّ

قوله: **(قال: ومن تزوج امرأة فادعت عُنته وأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه إذا كانت ثيبًا).**

ما ذكره من يمينه هو أحد القولين:

وقيل: إنه لا يمين عليه، رواه ابن عبد الحكم، ونحوه لمالك في «الواضحة».

قوله: **(وإن كانت بكرًا ففيها روايتان :**

إحداهما: **أن القول قوله مع يمينه كالثيب .**

والرواية الأخرى: **أنه ينظر إليها النساء فإن قلن: هي بكرٌ بحالها فالقول قولها، وإن قلن: قد زالت بكارتها فالقول قول زوجها).**

الرواية الأولى هي المشهورة، والرواية الثانية رواها ابن وهب

وعليها فظاهر قول الشيخ: «نظرها النساء» يقتضي التعدد ولا يكتفى بواحدة.

وعلى الأُولى إذا أتت بامرأتين فشهدتا أنها عذراء فحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم: أنه لا تقبل شهادتها؛ لأنها تؤول إلى الفراق.

قوله: **(وإن أقر بالعُنة ضرب له أجل سنة، ومكن فيها من المرأة، فإن ادعى في**

أضعاف السنة أنه وطئها قُبل قوله.

وإن أقر بأنه لم يطأها حتى مضت السنة فرق بينه وبينها، وكانت الفرقة تطليقة بائنة.

فصل: في طلاق العنين:

فإن نكحها بعد ذلك كانت عنده على اثنتين،.........

أضعاف السنة أنه قد وطئها قبل قوله).

ما ذكر من أن تأجيله سنة، معناه: إذا كان صحيحًا ،وأما لو رافعته وهو مريض فإنه لا يؤجل حتى يصح، وَنَصَّ عليه بذلك ابن القاسم .

وما ذكر أنه يقبل قوله، يريد: مع يمينه؛ لنصها[1] بذلك.

وَزَعَمَ اللخمي: أنه لا خلاف فيه .

وحكى ابن زرقون قولًا أنه لا يمين عليه.

وإذا جمعت الفرعين قلت: في يمينه ثلاثة أقوال، ثالثها: قول ابن حبيب يحلف في الأولى لا الثانية .

وإذا فَرَّعْنَا على أنه يحلف فنكل فقال فيها[2]، وهو المشهور: [تحلف][3] ويفرق بينهما، فإن نَكَلَت بقيت.

وفي «كتاب ابن المواز» : إن نكل طلقت عليه عند انقضاء الأجل .

قوله: (وإن أقر أنه لم يطأها حتى مضت السنة فرق بينه وبينها وكانت الفرقة تطليقة بائنة ، فإن نكحها بعد ذلك كانت عنده على اثنين).

اختلف من هو الذي يُوقع الطلاق على أربعة أقوال كما تقدم ذكرها ، وَصَرَّح المتيطي: بأن المشهور إيقاع الحاكم له، وما ذكر الشيخ أن الطلقة بائنة هو المشهور.

وقال أبو عمران : ظاهر ما قال ابن المواز: إن المعترض إذا طلق عليه ثم قوي على

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٣٧).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٢٠).

(٣) في أ: يحلف .

ولها الخيار في النكاح الثاني كما كان لها في النكاح الأول. وهو بخلاف المجبوب؛ لأن العنة يرجى زوالها، والجَبُّ ثابت لا يتغير ولا يزول.

فصل: حدوث العنة بعد الوطء:

فإن دخل بها ووطئها، ثم عَنَّ عنها لم يفرق بينه وبينها، وإذا كبر الرجل وضعف عن الوطء، لم يفرق بينه وبين امرأته.

فصل: في الصداق إذا وقع الطلاق من عُنة:

وأجل العبد في العنة نصف أجل الحُر. وقد قيل: هما في الأجل سواء.

الإصابة في العِدَّة، أو الأجذم إذا برئ في العِدَّة إنه يكون أولى بها.

قوله: (ولها الخيار في النكاح الثاني كما لها في النكاح الأول وهو بخلاف المجبوب لأن العنة يرجى زوالها ، والجب ثابت لا يتغير ولا يزول).

واختار اللخمي: أنه لا خيار لها.

قوله: (فإن دخل بها ووطئها ثم عُنّ عنها لم يفرق بينه وبينها ،وإذا كبر الرجل وضعف عن الوطء لم يفرق بينه وبين امرأته).

ما ذكره هو المنصوص.

وَخَرَّجَ اللخمي أن لها مقالاً من قول مالك فيمن قطع ذَكَره بعد إصابته .

وذكرته في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ أنه ضعيف لقطع الرجاء في مقطوع الذَّكَر رأسًا، بخلاف من تَعَذَّرَت عليه الإصابة بغيره لوجه ما فإنه يرجو بُرْأَهُ.

وظاهر كلام الشيخ كما هو ظاهرها: لو لم يطأ لكان لها حجة وإن حدث به ذلك بعد العقد .

وفي **«التلقين»**[1]: إن لها الحجة إذا كان ذلك قبل عقد النكاح، ولا حجة لها إذا حدث به بعد العقد وإن لم يطأ، ومثله في سماع عيسى.

قوله: (وأجل العبد في العنة نصف أجل الحر، وقد قيل: هما في أجل العنة سواء).

---

(١) «التلقين» (١/ ١١٧).

وإذا فرق بين العنين وامرأته بحداثة نكاحها، فقد اختلف في قوله في صداقها فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أن لها الصداق كاملاً. **والرواية الأخرى**: أن لها نصف الصداق.

فأما إذا طال مكثه معها واستمتاعه بها، فإن لها الصداق كاملاً رواية واحدة.

القول الأَوَّلَ: هو نَصُّهَا في «كتاب النكاح[1] الأول».

والثاني[2] هو قول ابن الجهم، وأشار الشيخ لضعفه بوجهين، وهما: تقدمة القول الأول عليه وعدوله عن أن يقول: «وقيل ...» إلى قوله: «وقد قيل»كقول الرسالة[3]: «ولا يصلي صلاتين بتيمم واحد إلا مريض، وقد قيل: يتيمم لكل صلاة».

قوله: (**وإذا فرق بين العنين وامرأته بحداثة نكاحه، فقد اختلف قوله في صداقها فعنه في ذلك روايتان:**

إحداهما: أن لها الصداق كاملًا.

والرواية الأخرى: أن لها نصف الصداق، فأما إذا طال مكثه معها واستمتاعه بها فإن لها الصداق كاملًا رواية واحدة).

الرواية الأولى رواها ابن القصار، والثانية هي نَصُّهَا في النكاح الثاني[4]، وهي المشهورة.

وما ذَكَرَه في الطول هو الصحيح.

وذهب ابن القصار إلى أن لها نصفه فقط، حكاه ابن زرقون[5].

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٦٨).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٢٧).

(٣) «الرسالة» (ص/ ٢١).

(٤) «المدونة» (٢/ ١٨٦).

(٥) قال ابن عرفة: حاصل نقل عياض والباجي، وهو قول القاضي: أنَّ العنين: ذو ذكر لا يمكن به جماع لشدة صغره، أو دوام استرخائه.

الباجي: عن ابن حبيب: العنين: من لا ينتشر ذكره، ولا ينقبض، ولا ينبسط. اهـ.

«مختصر ابن عرفة» (٥/ ٢٣٢).

فصل: نكاح المجبوب والخصيّ:

وأما المجبوب والخصي فإنها إذا دخلا بالمرأة فخلوا بها، ثم طلق أحدهما فإن عليه الصداق كاملاً، طالت المدة أو قصرت بخلاف العنين.

❁ ❁ ❁

ونقل ابن زرقون عن ابن كنانة: أن لها جميعه بإرخاء السِّتْر والخلوة.

فتحصل في الصورتين أربعة أقوال .

وحيث يطلق عليه في الطول فلابد من ضرب الأجل على ظاهرها.

قوله: (وأما المجبوب والخصي فإنهما إذا [دخلا بالمرأة وخلوا][1] بها ثم طلقها أحدهما، فإن عليه الصداق كاملًا طالت أم قصرت بخلاف العنين).

ما ذكره هو المعروف ولم يحك أبو عمران وابن محرز غيره ووجهه أن من هذه حالته، فهو قد دخل على عدم الإصابة .

وقال المغيرة: لا يكمل لامرأة الخصي والمجبوب وما في معناهما إلا بشرط الطول مثل المشهور في حق الصحيح ، نقله اللخمي.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: دخل أحدهما بالمرأة وخلا.

باب: النكاح في العِدة

فصل: خطبة المعتدة ونكاحها:

ولا تجوز الخطبة للمعتدة في عدتها تصريحًا، ولا بأس بالتعريض لها كقوله: إني فيكِ لراغب، وعليكِ لحريص، والنساء من شأني، وما أشبهه من القول.....

باب: النكاح في العِدَّة

قوله: (ولا تجوز الخطبة للمعتدة في عدتها تصريحًا).

لا مفهوم لما ذكره، بل وكذلك المُوَاعَدَة؛ لتصريح ابن حبيب بذلك ، وعليه يحمل قولها[1]: «وكره مالك المواعدة للمرأة أو لوليها».

وَ[حَمَلَها][2] بعض شيوخنا على بابها، وهو بعيد ، وأما العِدَة فهي مكروهة بالاتفاق وهي لا تكون إلا من جانب واحد.

قوله: (ولا بأس بالتعريض لها كقوله : إني فيكِ لراغب ، وعليكِ لحريص ، والنساء من شأني ، وما أشبهه من القول).

تبرأ ابن الحاجب من بعض ألفاظ التعريض، وكأنه رأى أنها تَقْرُب من التصريح فقال: قالوا[3]: ومثل «إني فيك لراغب ولك محبٌ، وبك معجب» تعريض ونقل الباجي عن اسماعيل القاضي : إنما يعرض للخطبة ليفهم مراده للإيجاب .

وفي «المقدمات»[4]: يجوز التعريض من كلا الجانبين معًا.

المغربي: أباحوا هنا التعريض ولم يجعلوه كالتصريح، ومنعوا التعريض في القذف وجعلوه كالتصريح.

وأما الهدية لها :

فقال مالك : لا بأس بذلك .

ومنعه ابن حبيب إلا لذوي النُّهى[5].

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٢٠).

(٢) في أ: حَمَلَه .

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٤).

(٤) «المقدمات» (١/ ٥١٩).

(٥) انظر: «النوادر» (٤/ ٥٧٤).

ولا يجوز النكاح في العدة، فمن نكح امراة في عدتها من طلاق أو وفاة، وهو يعلم بتحريمها، ودخل بها ففيها روايتان:

إحداهما: أنه زان وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وله أن يتزوج بها إذا انقضت عدتها.

والرواية الأخرى: أن الحد عنه ساقط، والمهر له لازم، والولد به لاحق، ويفرق بينهما ولا يتزوجها أبدًا.

قال اللخمي: يريد مالك؛ لأن المفهوم من الهدية التعريض .

قلت: الهدية في زماننا أقوى، فالصواب حرمتها مطلقًا إن لم يكن مثلها قبل ولا سيَّما إن كثرت.

وعزو ابن عطية[١] جواز الهدية لسحنون،لا أعرفه، وهو قصور؛ لأنه قول مالك.

قوله: **(ولا يجوز النكاح في العدة)**.

إنما ذكره ليركب عليه ما بعده وإلا فما قبله يغني عنه.

قوله: **(فمن نكح امرأة في عدتها من طلاق أو وفاة وهو يعلم بتحريمها ودخل بها ففيها روايتان :**

إحداهما: أنه زان وعليه الحد، ولا يلحق به الولد وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها.

والرواية الأخرى: أن الحد عنه ساقط ، والمهر له لازم، والولد لاحق ، ويفرق بينه وبينها ولا يتزوجها أبدًا).

الرواية الثانية بتأبيد التحريم هي المعروفة، والرواية الأولى بنفيه إنما هي معروفة بقول ابن نافع ونقله عن عبد العزيز بن الماجشون ، وظاهر كلام الشيخ أنه لو كان جاهلًا أنه لا يختلف في تحريمها عليه وقبله خليل[٢] وقال : لا أعرف خلافه.

قلت: وكذلك قال ابن عطية[٣]: الجاهل لا خلاف فيه في المذهب.

---

(١) «المحرر الوجيز» (١/ ٣١٥).

(٢) «التوضيح» (٣/ ٢٢٧).

(٣) «المحرر الوجيز» (١/ ٣١٧).

فصل: في فراق المنكوحة في عدتها:

فإن تزوجها في العدة ولم يدخل بها فرق بينه وبينها. وقد اختلف قوله في تأبيد تحريمها، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه يتأبد عليه تحريمها.

والرواية الأخرى: أنه لا يتأبد عليه تحريمها وينكحها إن شاء انقضت عدتها.

وظاهر قوله: «في عدتها» وإن كانت من طلاق رجعي؛ لأنه يصدق عليه أنه نكاح في عدة، وهو كذلك [عنده فيها][(١)].

قال ابن رشد في «مقدماته»[(٢)]: [ومذهب][(٣)] ابن القاسم: أنه متزوج في عصمة؛ لأن أسباب الزوجية بينهما باقية من الميراث والنفقة وشبههما.

وأراه في «الأسدية».

وما ذكره الشيخ من الدخول هو مِظَنَّة للوطء، فكأنه يقول: ووطئها.

واختلف في القُبْلَة والمباشرة:

ففيها[(٤)]: هما كالوطء يحرم.

نَصّ على ذلك في «كتاب العدة» في آخر فصل المفقود.

وفي «كتاب ابن المواز»: يؤمر بالتحريم، ولا يقضى عليه.

واستحسنه أصبغ؛ لأنه لم يوجب لبسًا في لحوق النَّسَب.

قوله: (**فإن تزوجها في العدة ولم يدخل بها فرق بينه وبينها.**

وقد اختلف قوله في تأبيد تحريمها عليه فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه يتأبّد عليه تحريمها.

والرواية الأخرى: أنه لا يتأبد عليه تحريمها وينكحها إن شاء إذا انقضت عدتها.

---

(١) في ب: عند غير ابن القاسم فيها.

(٢) «المقدمات» (١/ ٥٤٥).

(٣) في ب: قيل: وهو مذهب.

(٤) «المدونة» (٢/ ٣٤٦).

وإن فرق بينهما بعد الدخول وقد مضت حيضة من عدتها، ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها تعتد بثلاث حيضات من يوم فرق بينها وبين الزوج الثاني ويجزئها ذلك للواطئين جميعًا.

والرواية الأخرى: أنها تعتد بقية العدة الأولى، ثم تعتد بعد ذلك للزوج الثاني عدة أخرى.

فصل: فيمن خطب امرأة في عدتها ونكحها بعد انقضاء العدة:

وإذا خطبها في عدتها تصريحًا، ثم نكحها بعد انقضاء عدتها فرق بينه وبينها استحبابًا.

وإن فرق بينهما بعد الدخول وقد مضت حيضة من عدتها ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تعتد بثلاث حيض من فرق بينها وبين الزوج، الثاني ويجزئها ذلك للواطئين جميعًا .

والرواية الأخرى: أنها تعتد بقية العدة الأولى، ثم تعتد بعد ذلك للزوج الثاني عدة أخرى).

يعني: إذا فَرَّعْنَا على الرواية الثانية فاختلف قول مالك إذا لم يدخل إلا بعد العدة. والرواية هي المشهورة .

وظاهر كلام الشيخ: أنه لو لم يقع دخول لا في العدة ولا في خارجها فإنه لا أثر للعقد في ذلك، وهذا هو المشهور .

وقيل: إنه معتبر، فتحرم كالوطء، رواه عبد الوهاب[(١)] عن مالك .

قوله: (وإذا خطبها في عدتها تصريحًا ثم نكحها بعد انقضاء عدتها فرق بينه وبينها استحبابًا ،وفي الحكم أن نكاحه جائز).

إنما صَوَّرَهَا فيها[(٢)] بلفظ المواعدة فقال: من واعد امرأة في العِدَّة وَسَمَّى الصداق ونكح بعد العدة فاستحب له مالك الفراق بطلقة دخل بها أم لا .

ويخطبها إن شاء بعد عدتها منه إن كان دخل بها.

---

(١) «الإشراف» (٢/ ٧٩٩).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٩).

وفي الحكم أن نكاحه جائز.

والمستبرأة والحامل من زنا بمنزلة المعتدة من النكاح سواء، لا يجوز العقد

وروى عنه أشهب: أنه يفرق بينهما دخل بها أم لا ؟

قلت: والرواية الأولى رواها ابن وهب.

وظاهر رواية أشهب: أن الفراق إيجاب.

واختلف قول ابن القاسم:

فقال مرة : يفسخ بقضاء.

وقال مرة: بغير قضاء.

ويتحصل في المسألة خمسة أقوال كما صَرَّحَ بها المتيطي :

أحدها : يستحب فراقها بتطليقة [بائنة][1]، وهو المشهور .

وقيل: يجب الفسخ بغير قضاء.

وقيل: بل بالقضاء .

وقيل: بمثله ، وتحرم عليه للأبد .

وقيل: إن كانت المواعدة تشبه الإيجاب فليفارقها بطلقة ولا ينكحها أبدًا، وإن كانت تشبه التعريض ثبت النكاح.

ولا فرق بين العبارتين؛ لأن المواعدة حرام كما تقدم.

قوله: **(والمستبرأة والحامل من زنا بمنزلة المعتدة من النكاح سواء لا يجوز العقد عليها حتى يبرأ رحمها).**

ما ذكره من عدم الجواز واضح.

واختلف إذا تزوج ووطئ في عدة من زنا على أربعة أقوال:

فقيل: تحرم .

وقيل: لا ، قاله ابن القاسم، ثم رجع فقال: تحرم عليه إن كانت حاملًا ، ولا تحرم

---

(١) سقط من أ .

عليها حتى يبرأ رحمها.

فصل: في لحوق ولد المنكوحة في العدة:

وإذا أتت المنكوحة في العدة بولد لأقل من ستة أشهر من النكاح الثاني فهو لاحق بالزوج الأول.

وإن أتت به لستة أشهر وقبل حيضة فهو أيضًا لاحق بالزوج الأول إلاّ أن ينفيه باللعان فيلحق بالزوج الثاني.

وإذا أتت به لستة أشهر وبعد حيضة فهو لاحق بالزوج الثاني إلاّ أن ينفيه باللعان، فيلحق بالزوج الأول.

فإن نفاه الزوج الأول انتفى عنهما جميعًا، فإن استلحقه أحدهما بعد ذلك

في غيره، وروي عن مالك.

وقال ابن رشد[1]: لو عكس ابن القاسم لكان أصوب؛ لأن فيه إذا وطئ غير الحامل [اختلاط][2] الأنساب.

قوله: (وإذا أتت المنكوحة في عدتها بولد لأقل من ستة أشهر من النكاح الثاني فهو لاحق بالزوج الأول، وإن أتت به لستة أشهر وقبل حيضة فهو لاحق أيضًا بالزوج الأول إلا أن ينفيه باللعان فيلحق بالزوج الثاني.

وإن أتت به لستة أشهر وبعد حيضة فهو لاحق بالزوج الثاني إلا أن ينفيه باللعان فيلحق بالزوج الأول، فإن نفاه الزوج الأول انتفى منهما جميعًا، وإن استلحقه أحدهما بعد ذلك لحق به).

مثله فيها[3].

قال عياض[4]: وظاهرها تمام الشهور.

---

(١) «البيان» (٤/ ٤٦٣).

(٢) في ب: اختلاف.

(٣) «المدونة» (٢/ ٢٧).

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٧٥٥).

لحق به.

فصل: في الفرقة في نكاح المعتدة وغيره من الأنكحة الفاسدة:

والفرقة في النكاح الواقع في العدة فسخ بغير طلاق، ويجب فيه بعد الدخول

قال ابن القاسم: إلا أن يكون الشهر السادس من تسعة وعشرين ، وأنكره في أكثر .

قال محمد بن دينار : ويلحق به وإن نقص ليلتان أو ثلاث قدر ما بين الأهلة.

ووقعت قديمًا بفاس في امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يومًا، فاختلف فيها فقهاؤها على قولين.

والصحيح: عدم الإلحاق؛ إذ لا يصح توالي ستة أشهر نقص ، وبه قال أحمد بن القاضي، ومحمد بن [العجوز][١]، وعبد الله بن عمر المسيلي ، وخالفهم أبو عليّ القيسي.

قلت: ووقعت مسألة بتونس في امرأة تزوجت قبل حيضة فأتت بولد لخمسة أشهر، ثم بولد آخر لشهرين ، فصدرت الفتوى بأن الولد الأول للأول، والثاني للثاني.

ولم يزل الأشياخ يستشكلونها بقول «لعانها»[٢]: وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن ، أو وضعت ولدًا ثم وضعت آخر بعده لخمسة أشهر فهو حمل واحد.

ولكن الفرق بينهما إنما في اللعان الولد لمتحد وهنا لمتعدد، فيصدق على الولد الثاني في النازلة أنها [وضعته لأكثر][٣] من ستة أشهر فيكون للثاني ، وقد ذكر أهل التشريح أن البطن فيها زوايا.

قوله: (والفرقة بالنكاح الواقع في العدة فسخ بغير طلاق، ويجب فيه بعد الدخول جميع الصداق ، فإن مات أحدهما قبل الفسخ لم يتوارثا).

---

(١) في أ: المعجوز، والمثبت هو الصواب .

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٥٧)، و«التهذيب» (٢/ ٣٣٤).

(٣) في أ : وضعت لا أكثر .

جميع الصداق فإن مات أحدهما قبل الفسخ، لم يتوارثا.

وكذلك الحكم في كل نكاح فاسد باتفاق، أنه فسخ بغير طلاق، ويجب فيه

لا مفهوم لقوله: «**فإن مات أحدهما قبل الفسخ لم يتوارثا**» لقولها[1]: وإن طلق فيه قبل الفسخ لم يلزمه ولا يتوارثان.

قوله: (وكذلك الحكم في كل نكاح فاسد باتفاق أنه يفسخ بغير طلاق ويجب فيه بعد الدخول جميع الصداق وتنتفي فيه الموارثة).

ظاهر كلام الشيخ: أنه لو كان في فسخه اختلاف فإن الحكم عكس ما ذكره، وهو كذلك .

قال فيها[2]: قال ابن القاسم : وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فالفسخ فيه بطلاق، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمرأة تزوج نفسها .

وظاهرها: وإن كان الخلاف شاذا، وقد علمت اشتهار الخلاف في هذا الباب وغيره هل يراعى كل الخلاف، أو لا يراعى إلا الخلاف القوي ، وهل القوي ما كثر قائله أو ما قوي دليله ؟

قال فيها[3]: «وكل نكاح اختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه كحرمة النكاح الصحيح الذي لا خلاف فيه» .

قال عبد الحق[4]: قال لي بعض شيوخنا من القرويين: بلا خلاف؛ لأن هذا باب عظيم يحتاط فيه بالتحريم .

وقال عبد الحميد: يختلف في التحريم؛ لأن التحريم [سبب][5] الاختلاف في الفسخ.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٥٦).

(٢) «المدونة» (٢/ ١٢٢).

(٣) «المدونة» (٢/ ١٢٠)، و«التهذيب» (٢/ ١٥٧).

(٤) «تهذيب الطالب» (٢/ ١٢٧ب).

(٥) في أ: سببه .

بعد الدخول جميع الصداق، وتنتفي فيه الموارثة.

....

وهو الصواب؛ لأن ما ذكره عبد الحق وإن كان حسنًا في المعنى لكن لا يساعده النقل .

قال ابن رشد في «مقدماته»[1]: المشهور أن الحرمة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه.

وقد أجرى ابن حبيب الحرمة مجرى الطلاق والميراث، وروي مثل ذلك عن ابن القاسم.

❁ ❁ ❁

---

(١) «المقدمات» (١/ ٤٨٦).

❀ ❀ ❀

باب: نكاح المحلل وما يحلل المبتوتة لزوجها

فصل: في حلية المطلقة ثلاثًا لزوجها الأول:

ومن طلق امرأته ثلاثًا حرمت عليه، ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

فإن نكحها زوج غيره، ثم طلقها قبل الدخول بها، لم تحل بذلك لزوجها

باب: نكاح المحلل وما يحلل المبتوتة لزوجها

قوله: (باب في المبتوتة ويحلها لزوجها .

ومن طلق امرأته ثلاثًا حرمت عليه ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره).

ظاهره: طلق ثلاثًا دفعة واحدة أو واحدة بعد واحدة ولا خلاف في الثانية وما ذكره في الأولى فهو المعروف، وقيل: لا يلزمه إلا واحدة، قاله محمد بن [بقي][(١)]، ومحمد بن عبد السلام، وابن [نافع][(٢)] وغيرهم، وقصرهم مغيث بقولها[(٣)]: إذا تصدق الرجل بجميع ماله فإنه يلزمه منه الثلث.

وبقول أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن في القائل: الأيمان [تلزمه][(٤)]: أنه يلزمه طلقة واحدة، وقد بسطت القول في الرد عليه في «شرح التهذيب»، ولولا إطالته لذكرناه.

قوله: (فإن نكحها زوج غيره ثم طلقها قبل الدخول بها لم تحل بذلك لزوجها الأول حتى يطأها الزوج الثاني ثم يطلقها أو يموت عنها).

ما ذكر من أن العقد لا يحلها هو المعروف.

وحكى أبو عمران عن ابن اللبان الفرضي البغدادي: أنها تحل به.

وأخذه المغربي من قول أشهب فيها في «كتاب النكاح الثالث»[(٥)]: عقد النكاح

---

(١) في ب: نصر .

(٢) في ب: تباع .

(٣) «المدونة» (١/ ٥٧٤).

(٤) في ب: ثلاثة .

(٥) «التهذيب» (٢/ ٢٣٢).

الأول حتى يطأها الزوج الثاني، ثم يطلقها أو يموت عنها. ....
فإن عقد عليها الثاني عقدًا فاسدًا ووطئها، ثم فارقها أو مات عنها، لم يحل

تحريم [للأمة][1] كان يطؤها أم لا؟

ذكره فيما إذا وطئ أمة بملك ثم تزوج أختها .

ورده شيخنا -حفظه الله تعالى - وشيخنا أبو مهدي - رحمه الله - بأن ما يباح به الشيء أشد مما يحظر به بدليل [التَّحَنُّث][2] بالأقل ولا [يَبُر به][3] ، وسبق إلى هذا المعنى أبو محمد بن أبي زيد[4] مستدلًّا على قاعدة الحنث والبر بالفرق وبين المبتوتة فإنها لا تحل بالوطء، وبين ما نكح الأب والابن فإن العقد فيه كاف.

وما ذكر من أن وطء الثاني يحلها، معناه: إذا كان يوطأ مثلها وأما لو وطئها وهي لا يوطأ مثلها، فإنها لا تحل به ، وهي جناية، ولا تدخل في قوله ﷺ: «**حتى تذوقي عسيلته** »[5] ونص عليه اللخمي وقيد به قولها.

ومعناه أيضًا: إذا كان مسلمًا، وأما لو كان نصرانيًّا فإنها لا تحل بوطئه؛ لنصها[6] بذلك، وهو المشهور.

وروى ابن شعبان[7] أنه يحلها وطؤه، وقاله أشهب وعليّ بن زياد .

وقال يحيى بن يحيى : إن مات عنها حَلَّت، وإن طلقها لم تحل؛ لأن طلاقه ليس بطلاق، وحكاه المتيطي، وهو غريب .

قوله: (فإن عقد الثاني عليها عقدًا فاسدًا ووطئها ثم فارقها أو مات عنها لم تحل بذلك للزوج الأول نكاحها).

---

(١) في ب: الأمة .

(٢) في ب: التحنيث .

(٣) في ب: يبرئه .

(٤) «النوادر» (٤/ ٥٨١).

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١٤٣٣) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٦) «التهذيب» (٢/ ٢٤٠).

(٧) «الزاهي» (ص/ ٤٨٣).

بذلك للزوج الأول نكاحها.........................

فإن نكحها الثاني نكاحًا صحيحًا ووطئها وطئًا حرامًا مثل أن يطأها وهي حائض أو صائمة أو معتكفة أو مُحْرِمة، ثم طلقها أو مات عنها، لم يحل ذلك للزوج الأول.

فصل: في نكاح المبتوتة بنية الإحلال من قبل الزوج أو الزوجة:

ابن حارث: اتفقوا في النكاح الفاسد الذي يفسخ بعد الدخول أنه لا يحلها الوطء فيه.

قوله: (فإن نكحها الثاني نكاحًا صحيحًا ووطئها وطئًا حرامًا مثل أن يطأها وهي حائض أو صائمة أو معتكفة أو محرمة، ثم طلقها أو مات عنها لم تحل بذلك للزوج الأول).

ما ذكره مثله فيها[1]، وهو المشهور.

وقيل: إنه يحلها، قاله ابن الماجشون.

قال أبو عمران: إن وطئها بعد رؤيتها القَصَّة البيضاء قبل اغتسالها يحلها، على قول ابن بكير، ولا يحلها على قول أصحابنا الذين يشددون في وطئها.

وظاهر كلام الشيخ: سواء كان الصوم تطوعًا أو واجبًا كقضاء رمضان وهو كذلك على ظاهرها، وَصَرَّحَ به مالك في «العتبية».

وقال ابن حبيب: إن وطئها في صوم تطوع أو قضاء رمضان أو نذر لأيام بغير عينها فوطؤه يحل، ويحظر إجماعًا من قول مالك وأصحابه.

قوله: (فإن نكحها الثاني بشرط إحلالها للزوج الأول كان النكاح فاسدًا وفسخ قبل الدخول وبعده ولم تحل بذلك للزوج الأول).

ما ذكره لا خلاف فيه عدا أنه اختلف ما الذي يكون لها بعد البناء؟

فقيل: صداق المِثْل.

وقيل: الْمُسَّمى، وكلاهما لمالك.

قوله: (وإن نكحها الثاني وهو لا يريد تحليلها وهي تريد ذلك حلت للزوج

---
(١) «المدونة» (٢/ ٢٠٩).

فإن نكحها الثاني بشرط إحلالها للزوج الأول، كان النكاح فاسدًا وفسخ قبل الدخول وبعده، ولم تحل بذلك للزوج الأول. وإن نكحها الثاني وهو لا يريد تحليلها وهي تريد ذلك حلت للزوج الأول. والمراعَى في ذلك قصدالزوج ونيته دون نية المرأة. وإن ظن الأول أن الثاني أراد بنكاحه التحليل له ولم يكن هناك شرط ظاهر، فالاختيار له ألا يتزوجها، والحكم أنهامباحة له عندي.

فصل: فيمن تزوج أمة لغيره ثم طلقها ثلاثًا:

ومن تزوج أمة لغيره، ثم طلقها ثلاثًا حرمت عليه ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، ولا تحل له بعقد نكاح ولا بملك يمين. فإن اشتراها فهي حرام عليه حتى تنكح زوجًا غيره يطؤها زوجها، ثم يطلقها أو يموت عنها فيحل حينئذ وطؤها. ولو باعها لغيره فوطئها مشتريها، ثم اشتراها سيدها، لم يحل له وطؤها حتى توطأ

الأول، والمراعاة في ذلك قصد الرجل ونيته للتحليل دون المرأة، وإن ظن الأول أن الثاني أراد بنكاحه التحليل له، ولم يكن هنالك شرط ظاهر فالاختيار له ألَّا يتزوجها والحكم أنها مباحة له، ومن تزوج أمة لغيره ثم طلقها ثلاثًا حرمت عليه ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره ولا تحل له بعقد نكاح ولا بملك يمين، فإن اشتراها فهي حرام عليه حتى تنكح زوجًا غيره ويطؤها زوجها ثم يطلقها أو يموت عنها فيحل حينئذٍ للسيد وطؤها، ولو باعها من غيره فوطئها مشتريها ثم اشتراها سيدها منه لم يحل له وطؤها حتى توطأ بعد طلاقه بعقد نكاح، ولا تحل له بوطء ملك اليمين ولا بنكاح فاسد).

ما ذكر من لغو نية المرأة. وأحرى نية المطلق. هو المعروف.

وفي «**الكافي**»[(١)]: [إذا هَمَّ] [(٢)] أحد الثلاثة بالتحليل فسد النكاح، وهو شذوذ، وكذلك نقله المتيطي، وظاهره: أنه في المذهب، ولم يعزه في «الاستذكار»[(٣)] إلا للنخعي البصري.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٥٣٤).

(٢) في الأصل: إنهم، والمثبت من «الكافي».

(٣) «الاستذكار» (٥/ ٤٤٩).

بعد طلاق بعقد نكاح، ولا يحل له وطؤها بملك اليمين ولا بنكاح فاسد.

فصل: في الزوجة الأمة إذا اشتراها زوجها:

ومن تزوج أمة لغيره، ثم اشتراها، انفسخ نكاحه عنها وصارت أمة له يطؤها بملك اليمين. فإن أعتقها وأراد أن يتزوجها قبل أن يطأها بعد الشراء ففيها **روايتان:**

إحداهما: أن استبراءها حيضة.

والرواية الأخرى: حيضتان.

وما ذكره في نية المحلل:

قال فيه عبد الحميد الصائغ في «تعليقته»: لم يحلها عند مالك .

وقال غير واحد من أصحابنا : يحلها وهو مأجور .

زاد في «الطرر»: ونحوه لابن شعبان.

قوله: (ومن تزوج أمة لغيره ثم اشتراها انفسخ نكاحه عنها وصارت أمة له يطؤها بملك اليمين).

لا خصوصية لقوله : «**ثم اشتراها**» بل وكذلك لو ملكها بميراث أو صدقة أو وصية ، وكذلك لا فرق بين أن يشتريها كلها أو بعضها لتصريحها بذلك في الجميع في «النكاح الثاني» فيها بأن الفسخ بغير طلاق، وهو ظاهر كلام الشيخ.

وروى ابن وهب عن الليث بن سعد: أنه بطلاق .

قال اللخمي: ويلزم عليه إذا فسخ قبل البناء أن يكون لها نصف الصداق ويختلف إذا اشترت زوجها وهو مكاتب أو العكس.

فقيل: يفسخ النكاح؛ لأنه ملك الرقبة .

وقيل: لا يفسخ ، وإنما وقع الشراء الآن على الكتابة، فإذا عجزت فحينئذٍ يفسخ النكاح.

قوله: (فإن أعتقها وأراد أن يزوجها قبل أن يطأها بعد الشراء ففيها روايتان:

إحداهما: أن استبراءها حيضة .

والرواية الأخرى: حيضتان، فإن وطئها بعد أن استبرأها ثم أعتقها، وأراد أن

فإن وطئها بعد أن استبرأها، ثم أعتقها، وأراد أن.................. يتزوجها فاستبراؤها حيضة واحدة. ومن تزوج أمة، ثم اشتراها، فليس عليه استبراؤها.

يتزوجها ماسبتراؤها بحيضة واحدة).

القول بأن استبراءها حيضة هو نصها في أواخر «كتاب العدة وطلاق السنة» ، وفي كلام الشيخ لقولها[١]: «إلا أن تكون مستبرأة قبل العتق، فذلك يجزئها وتنكح وتحل للأزواج مكانها».

[ووجه ماذكره: أنها حرة وهي مصدقة في براءة رحمها][٢] .

وذكر أن هارون الرشيد ملك جارية فعزم على وطئها دون استبراء، فسأل مالكًا، فقال: يا أبا عبد الله هل من حيلة؟

قال: أعتقها وتزوجها.

وهي من حِيَل الفقهاء.

قوله: (**ومن تزوج أمة ثم اشتراها فليس عليه استبراؤها**).

لأن الماء ماؤه .

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٤٣) .

(٢) سقط من أ .

باب: ما يحرم من الجمع بين النساء

فصل: في نكاح الأم على ابنتها والابنة على أمها:

ومن تزوج امرأة فلا يحل له أن يتزوج أمها، دخل بالابنة أو لم يدخل بها. ولا بأس أن يتزوج الابنة إذا لم يدخل بأمها. فإذا دخل بالأم لم تحل له ابنتها، كانت ابنتها في حجره أو لم تكن في حجره.

فصل: في نكاح الأم وابنتها في عقدة واحدة:

ومن تزوج امراة وابنتها في عقدة واحدة فنكاحه لهما جميعًا باطل، ويفسخ

باب: ما يحرم من الجمع بين النساء

قال: [(ومن تزوج امرأة فلا يحل له أن يتزوج أمها دخل بالبنت أو لم يدخل بها، ولا بأس أن يتزوج الابنة إذا لم يدخل بأمها، فإذا دخل بالأم لم تحل له ابنتها كانت الابنة في حجره أو لم تكن في حجره][١].

ومن تزوج امرأة وابنتها في عقد واحد فنكاحه لهما جميعًا [فاسد][٢]**، ويفسخ قبل الدخول بهما وبعده، فإن فسخ قبل الدخول فله أن يتزوج بعد ذلك أيتهما شاء).**

ظاهره: دخل بها أم لا، وهو نصها[٣] في «كتاب الاستبراء»، وبه تعلم أن قولها في آخر مسألة من العدة[٤]: «ومن [استبرأ][٥] زوجته قبل البناء لا استبراء عليه» لا مفهوم له.

---

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: باطل.

(٣) «المدونة» (٢/ ١٩٤)، و«التهذيب» (٢/ ٤٧٠).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٤٤).

(٥) في أ: اشترى.

قبل الدخول بهما وبعده. فإن فسخ قبل الدخول فله أن يتزوج بعد ذلك أيتهما شاء.

وقال عبد المالك: يحل له نكاح الابنة ويحرم عليه نكاح الأم، وإن فسخ بعد الدخول، لم تحل له واحدة منهما وحرمتا. عليه جميعًا .

فإن دخل بإحداهما، ولم يدخل بالأخرى فسخ نكاحه لهما، ثم حلت له المدخول بها منهما وحرمت عليه الأخرى تحريماً مؤبدًا.

قوله: (وقال عبد الملك: يحل له نكاح الابنة ويحرم عليه نكاح الأم).

حاصل ما ذكره بالنسبة إلى التحريم أن البنت لا تحرم وفي «الأم» قولان ، وكلاهما فيها[1]، وعزا الأول لابن القاسم ، والثاني لغيره، وفسره ابن عبد السلام لعبد الملك ابن الماجشون ، وبه قال سحنون .

وقال ابن رشد: أظنه له .

وكأنه لم يقف على قول الشيخ؛ إذ عزو الشيخ له ذلك يدل أنه المراد بالغير كما قال ابن عبد السلام.

وسبب الخلاف في النكاح المجمع هل عقده ينشر الحرمة أم لا؟

قال بعض شيوخنا : وانظر على قول [الغير][2] هل عقد عليها جهلًا أو مع العلم بأن ذلك لا يحل.

قوله: (فإن فسخ بعد الدخول لم تحل له واحدة منهما وحرمتا عليه جميعًا).

لما تكلم أولًا فيما إذا لم يبن بهما تكلم الآن فيما إذا وقع الدخول بهما معًا وما ذكر هو قول ابن القاسم فيها ، وهو متفق عليه ، وظاهره نفي الحد وإن كان عالمًا .

قوله: (فإن دخل بإحداهما ولم يدخل بالأخرى فسخ نكاحه لهما ثم حلت له المدخول بها منهما وحرمت عليه الأخرى تحريماً مؤبدًا .

وإذا أسلم المجوسي وتحته امرأة وابنتها فإن كان دخل بهما جميعًا فُرِّقَ بينه وبينهما،

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٢٩).

(٢) في أ: للغير .

فصل: في المجوسي يسلم وتحته امرأة وابنتها:

وإذا أسلم المجوسي وتحته امرأة وابنتها، فإن كان دخل بهما جميعًا فرق بينه وبينهما، ولم تحل له واحدة منهما أبدًا. وإن لم يدخل بهما أمسك أيتهما شاء وفارق الأخرى. وإن دخل بإحداهما أمسك المدخول بها، وفارق الأخرى.

فصل: فيمن لا يجوز الجمع بينهن:

ولا يجوز الجمع بين المرأة وابنتها، ولا بينها وبين عمتها ولا خالتها، ولا عمة أبيها ولا خالته، ولا عمة أمها، ولا خالتها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى، ولا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح، ولا يجوز

ولم تحل له واحدة منهما أبدًا، وإن لم يدخل بهما أمسك أيتهما شاء وفارق الأخرى ، فإن دخل بواحدة منهما أمسك المدخول بها وفارق الأخرى .

ولا يجوز الجمع بين المرأة وابنتها ولا بين المرأة وعمتها ولا خالتها ولا عمة أبيها ولا خالته ولا عمة أمها ولا خالتها ، ولا تنكح الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى).

يريد: بعد الاستبراء بالمدخول بها لتصريحها بذلك.

ووجه المسألة بيّن: وهو أن المدخول بها إن كانت هي البنت حرمت الأم؛ لأنها تشبه أمهات نسائه بسبب هذا الوطء الْمُسْقِط [للحد](١) ، ولا موجب لتحريم البنت؛ وإن كان المدخول بها هي الأم حرمت البنت لأنها كالربيبة المدخول [بأمها](٢).

ولا تحرم الأم وأجرى حرمتها على قول ابن الماجشون المتقدم فوقه.

قوله: **(ولا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح ولا يجوز الجمع بين من ذكرنا بملك اليمين ، وملك اليمين في ذلك بمنزلة النكاح، وكل من حرمت من النسب فهو حرام من الرضاع).**

قد تقدم الضابط في ذلك ، ولو أَخَّرَهَا هنا لكان أولى ، وَقَدَّمَ ابن الحاجب ذكر

---

(١) في ب: للحرمة .

(٢) في ب: بها .

الجمع بين أحد ممن ذكرناه بملك اليمين، وملك اليمين في ذلك بمنزلة النكاح. وكل ما حرم بالنسب فهو حرام من الرضاع.

فصل: فيمن نكح على زوجته ثانية لا يجوز له الجمع بينهما:

ومن نكح امرأة، ثم نكح بعدها أخرى ممن لا يجوز له أن يجمع بينهما، فنكاح الأولى صحيح، ونكاح الثانية باطل، ويفسخ قبل الدخول وبعده دخل بالأولى أو لم يدخل بها.

الأختين على غيرهما عكس ما فعل الشيخ فقال[1]: الجمع بين الأختين وكل محرمين محرم.

ولم يستعن بالكلية وهو الجمع بين كل محرمين محرم؛ لأنه قصد بالأول مدلول قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء:٢٣] تبركًا بذلك ثم عطف عليه الكلية المذكورة؛ تتميماً للفائدة، وهذا دأب العلماء في مثل هذا، وسبق إلى هذا ابن عبد السلام وقد ذكرناه أول هذا [الباب][2].

قوله: (ومن نكح امرأة ثم نكح بعدها أخرى ممن لا يجوز له أن يجمع بينهما فنكاح الأولى صحيح، ونكاح الثانية باطل، ويفسخ قبل الدخول وبعده دخل بالأولى أو لم يدخل بها).

ظاهر قوله: «**ويفسخ**» أنه بغير طلاق، وهو كذلك، قال فيها[3]: وللمدخول بها المسمى أو صداق المثل إن لم يسم.

ابن بشير[4]: هذا مع عدم العلم بالتحريم، فإن علم ففي كونه كمحصن زنا في هذا الأصل قولان، وعليهما نفي الصداق وثبوته.

قوله: (ومن وطئ أمة بملك اليمين ثم أراد أن يطأ أختها أو عمتها أو خالتها فإنه

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٤).

(٢) في ب: الكتاب.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٢٣١).

(٤) «التنبيه» (٢/ ٤٤ أ).

فصل: في الوطء بملك اليمين لمن لا يجوز الجمع بينهن:

ومن وطئ أمة بملك اليمين، ثم أراد أن يطأ أختها أو عمتها أو خالتها، فإنه يحرم فرج الأولى ببيع أو كتابة أو عتاقة أو ما أشبه ذلك مما يحرم به عليه وطؤها،

يحرم فرج الأولى ببيع أو عتاقة أو كتابة أو ما أشبه ذلك من يحرم به عليه وطؤها، ثم يطأ الأخرى إن شاء ، فإن أراد بعد ذلك أن يطأ الأولى فعل بالثانية من التحريم مثل ما فعل بالأولى، ثم حلت له الأولى).

يريد: بعد خروج الموطوءة من الاستبراء ، نقله أبو محمد عن «الموازية» ، وذكره اللخمي كأنه المذهب ولم يعزه .

وظاهر قوله: «**ببيع**» ولو باعها بعيب، وهو كذلك.

وقيل: لا يحرم .

وقيل به إن كان [مدلسًا][(١)] .

ويريد: ما لم يبعها من عبده أو ابنه الصغير أو [يتيمه][(٢)]؛ إذ له الاعتصار والانتزاع بالبيع لنصها في «كتاب الاستبراء» بذلك.

ويريد: بالبيع إذا كان بتًّا ، وأما بيع الخيار فلا؛ لنص «الموازية» بذلك.

وظاهر كلام الشيخ: وإن كان العتق إلى أجل وهو نصها .

وما ذكر في الكتابة هو نصها، و«الموطأ»، و«التلقين».

وقال اللخمي: الكتابة لا تحرم؛ لأنه إن ظهر بها حمل أو عجزت [حَلَّت][(٣)] .

وقال بعض شيوخنا[(٤)]: هو منه وهمٌ أو توهيم.

يعني: إما أنه وهم في نقله خلاف المذهب ، وإما أنه علم ما فيها، فتركه للعلم به.

وذكر ما عنده إشارة لتضعيف قولها، وهذا الذي كان يرجحه شيخنا أبو مهدي

---

(١) في ب: مليًّا .

(٢) في أ: شبهه .

(٣) في ب: حلف .

(٤) «المختصر الفقهي» (٥/ ١٣٢) .

ثـم يطـأ الأخـرى إن شـاء، فإن أراد بعـد ذلك أن يطـأ الأولى فعل بـالثانيـة مثل

-رحمه الله تعالى - ويقطع به .

ولما ذكر ابن عبد البر قول مالك بأنها تحرم، [قال][1]: أما المكاتبة فقد تعجز وترجع إليه بغير فعله[2] .

❁ ❁ ❁

(١) في ب: فقال مالك .

(٢) «الاستذكار» (٣/ ١٨٢).

الأولى، ثم حلت له الأولى.

....

باب: نكاح المحرم

فصل: في نكاح المحرم:

ولا يجوز للمحرم بحجة أو عمرة أن يتزوج ولا أن يزوج غيره من الأحلّة حتى يفيض الحاج من حجه، وحتى يفرغ المعتمر من سعيه. فإن نكح أحدهما قبل ذلك أو أنكح فسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وكان الفسخ طلاقًا، وقد قيل: هو فراق بغير طلاق، فإن لم يفسخ حتى حل من إحرامه لم يثبت على نكاحه. وقد اختلف قوله في تأبيد التحريم فقال مرة: يتأبد

باب: نكاح المحرم

قوله: (ولا يجوز للمحرم بحجة أو عمرة أن يتزوج ولا يزوج غيره من الأحلة حتى يفيض الحاج من حجه ، وحتى يفرغ المعتمر من عمرته).

ما ذكر أن المحرم لا يتزوج ولا يزوج حلالًا هو مذهبنا خلافًا لأبي حنيفة وغيره وبين الفريقين احتجاج يطول جلبه ، وليس هذا موضعه .

قوله: (فإن نكح أحدهما قبل ذلك أو أنكح فسخ النكاح قبل الدخول وبعده ، وكان الفسخ طلاقًا ، وقد قيل: هو فراق بغير طلاق).

ما ذكر من أن القولين كلاهما عن مالك .

قوله: (فإن لم يفسخ حتى حل من إحرامه لم يثبت [عقد][1] نكاحه ، وقد اختلف قوله في تأبيد التحريم عليه .

فقال مرة: يتأبد التحريم عليه.

وقال مرة أخرى: لا يتأبد التحريم عليه ، وتحل له المرأة بعد إحلاله بنكاح جديد).

والمشهور من القولين: عدم التأبيد، قاله ابن عبد البر[2] .

---

(١) في ب: على .

(٢) «الاستذكار» (٤/ ١١٦).

التحريم عليه. وقال مرة أخرى: لا يتأبد التحريم عليه، وتحل له المرأة بعد إحلاله بنكاح جديد.

فصل: في مراجعة المحرم للمعتدة وشراؤه للجواري:

ولا بأس أن يراجع المحرم امرأة طلقها قبل إحرامه، إذا أحرم وهي في عدتها لكنه لا يطؤها حتى يحل من إحرامه. ولا بأس أن يشتري المحرم الجواري، ولا

قوله: (**ولا بأس أن يراجع المحرم امرأة طلقها قبل إحرامه إذا أحرم وهي في عدتها لكنه لا يطؤها حتى يحل من إحرامه**).

ما ذكر مثله في «الموطأ»[1] و «الموازية».

قال ابن عبد البر[2]: وهو متفق عليه من فقهاء الأمصار.

ونقل الباجي[3] عن أحمد بن حنبل منعها.

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريجه في المذهب على قول بأنها قبل الارتجاع محرّمة الوطء وأن الإشهاد في الرجعة واجب.

وردّه بعض شيوخنا[4]: بأن حرمة الإحرام أشد لعدم القدرة على رفعها، وبالاتفاق على ثبوت [الإرث][5] بينهما في المسألة المحرم منها.

قوله: (**ولا بأس أن يشتري المحرم الجواري ولا يطأهن حتى يحل من إحرامه، وذلك بخلاف عقد النكاح؛ لأنه لا ينكح إلا من يحل له وطؤها، ويجوز له أن يملك ما لا يحل له وطؤها**).

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد منعه على القول بأنها فراش بنفس عقد البيع، وإن لم يقر سيدها بوطئها كما ذهب إليه بعض العلماء خارج المذهب، وكما قال بعض شيوخ المذهب فيمن تراد للفراش منهن.

---

(١) «الموطأ» (١٢٧١).

(٢) «الاستذكار» (٤/ ١١٧).

(٣) «المنتقى» (٢/ ٢٣٩).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٢١٧).

(٥) في أ: الأرش.

يطأهن حتى يحل من إحرامه. وذلك بخلاف عقد النكاح؛ لأنه لا ينكح إلاّ من

ورده بعض شيوخنا[١]: بأن مظنة وقوع الوطء في الزوجة أقوى لحقها فيه وهو مظنة الطلب والطلب مظنه الإجابة وبأن النكاح خاص بالوطء، وإليه أشار الشيخ بقوله: لأنه لا ينكح إلا من يحل له وطؤها.

❋ ❋ ❋

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٢١٧).

يحل له وطؤها. ويجوز له أن يملك من لا يحل وطؤها.

....

باب: القسم بين الزوجات

فصل: مدة مقام الزوج عند زوجته الجديدة إذا كان له غيرها:

ومن تزوج بكرًا وله نساء سواها، فله أن يقيم عندها سبعًا، ثم يستأنف القسم بينها وبين نسائه. وإن تزوج ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ثم قسم بينها وبين

باب: القسم بين الزوجات

قوله: (باب القسم بين النساء.

قال: ومن تزوج بكرًا وله نساء سواها، فله أن يقيم عندها سبعًا ثم يستأنف القسم بينها وبين نسائه).

ما ذكر من إقامته سبعًا واضح.

وظاهر قوله: «فله» يقتضي أن الحق له، ويذكر ما فيه من الخلاف.

قوله: (وإن تزوج ثيبًا أقام عندها ثلاثًا ثم قسم بينها وبين نسائه).

ظاهره: أنه لا [يجيبها][(1)] إذا طلبت أن يقيم عندها إلى سبع ويسبع لنسائه أو يختار هو ذلك دون سؤالها، وهو كذلك في «كتاب محمد» ، وجعله ابن بشير المشهور.

وقيل بجوازه ، قاله ابن القصار.

قوله: (ومن تزوج بكرًا وثيبًا وليس له نساء سواهما لم يلزمه أن يقيم عند واحدة منهما مدة معلومة).

ما ذكر صَرَّحَ المتيطي بأنه المشهور.

وقيل: يلزمه المقام عندهما، قاله ابن عبد الحكم، ورواه أبو الفرج عن مالك.

وإذا كان لا يلزمه أن يبيت عند طريّة العرس . على ما ذكر الشيخ . فأحرى ألا يلزمه أن يبيت بعد السبع والثلاث، وهو كذلك، وهو متفق عليه.

---

(1) في أ : يجب لها .

نسائه، فإن تزوج بكرًا وثيبًا وليس له نساء سواهما، لم يلزمه أن يقيم عند واحدة منهما مدة معلومة.

فصل: في حق المقام عندالزوجة الجديدة:

وقد اختلف قوله في المقام عند البكر والثيب إذا تزوج إحداهما وله نساء سواهما هل ذلك حق للمرأة على الرجل أو حق للرجل على نسائه البواقي، فعنه، في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه حق للمرأة إن شاءت طلبته، وإن شاءت تركته.

ولم يعز بعض شيوخنا[1] وخليل عدم مبيته إلا لابن شاس، وهو قصور .

وقال ابن عبد السلام: هو مقيد بعدم قصد الضرر.

وقال شيخنا المذكور: الأظهر وجوبه أو تبييته معها امرأة ترضى؛ لأن تركها وحدها ضرر ، وربما يتعين عليه زمن خوف المحارب والسارق .

قوله: **(وقد اختلف قوله في مقامه عند البكر والثيب إذا تزوج إحداهما وله نسوة سواها هل ذلك حق للمرأة على الرجل أو هو حق للرجل على نسائه البواقي؛ فعنه روايتان؛ إحداهما : أنه حق للمرأة إن شاءت طلبته ، وإن شاءت تركته .**

وفي الرواية الأخرى: **أنه حق للرجل إن شاء أقام عندها، وإن شاء لم يقم ، وسوّى بينها وبين نسائه)**.

عزا فيها الأول لقول ابن القاسم ، والثاني لرواية أشهب.

وحكى الباجي عن ابن القصار: أنه [لا حق لهما][2]، فالأقوال ثلاثة .

وإذا فَرَّعْنَا على قول ابن القاسم، فظاهره: أنه يقضى به للزوجة عند التشاجر؛ لأن الأصل من له شيء يقضى له به عند طلبه، وهو كذلك، قاله ابن عبد الحكم.

وقال أشهب وأصبغ : لا يقضى به .

ابن عبد الحكم: إن زفّت إليه امرأتان في ليلة واحدة فإنه يُقْرعُ بينهما .

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٥٢٥) .

(٢) في أ: حق لها .

وفي الرواية الأخرى أنه حق للزوج إن شاء أقام عندها، وإن شاء لم يقم، وسوى بينها وبين نسائه.

فصل: في العدل بين الزوجات في القسم:

وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في القسم، فيقيم عند كل واحدة منهن يومًا

قال اللخمي: وعلى أحد قولي مالك : إن الحق له فهو مُخَيَّر دون قُرْعَة .

قلت: قال بعض شيوخنا[(١)]: الأظهر إن سَبَقَت إحداهما بالدعاء للبناء قُدِّمَت وإلا فلسابقة العقد، وإن عقدا معًا فالقرعة .

قوله: (وعلى الزوج أن يعدل بين نسائه في القسم فيقيم عند كل واحدة منهن يومًا وليلة ولا يزيد على ذلك إلا في الليل برضاهن ، وعليه أن يأتيهن في منازلهن).

كلامه يتناول العدل في الليل والنهار على حَدّ السَّوِيَّة، وهو كذلك .

وفيها[(٢)]: «ويعدل في المبيت».

قال شيخنا - حفظه الله تعالى : يعني أن العدل بالليل آكد منه في النهار؛ لأنهم إذا تكلموا في الدخول لحاجة إنما يخصونه بالنهار.

وكنت أجيبه: بأن كلامهم أعم.

قال ابن الحاجب[(٣)]: ولا يدخل على ضرتها في زمنها إلا لحاجة، وقيل: إلا لضرورة.

وما ذكر من عدم الزيادة فيريد إلا أن يتباعد بلدانهن فيقسم على ما يمكنه.

قوله: (ولا يجمع بينهن في منزل واحد إلا برضاهن ، فإذا حاضت إحداهن أو نفست لم يسقط حقها، ولزمه المقام عندها في يومها وليلتها).

يحتمل أن يريد «بالمنزل» البيت، وهو قول مالك: لا يجمع بينهن في بيت إلا برضاهن.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٥٣٢) .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٢٣).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٨٥).

وليلة ولا يزيد على ذلك إلا برضاهن، وعليه أن يأتيهن في منازلهن، ولا يجمع بينهن في منزل واحد إلا برضاهن، وإذا حاضت إحداهن أو نفست لم يسقط حقها، ولزمه المقام عندها في يومها وليلتها.

فصل: في القسم بين الزوجات في حالة مرض الزوج:

ويحتمل أن يريد به الدار، وهو الأقرب ، وهو ظاهر قول ابن شعبان في «زاهيه»: من حق كل واحدة [انفرادها][1] بمنزل منفرد المرحاض ، وليس عليه إبعاد الدارين.

واختلف في جمعهما على فراش واحد من غير وطء:

فمنعه مالك: وكرهه ابن الماجشون.

وأما جمع الإماء كذلك ففيه ثلاثة أقوال:

هذان القولان.

وثالثها: الجواز .

ومنع ابن سحنون دخوله الحمام بزوجتيه معًا ، وأجازه بإحداهما.

وذكر ابن الرقيق[2] أن أسد بن الفرات أجاب الأمير[3] بجواز دخوله الحمام بجواريه .

وخطأه ابن محرز لحرمة الكشف بينهن[4].

قوله: (**وإن مرض فعليه أن يعدل بينهن في مرضه كما يفعل ذلك في صحته**).

قال ابن شاس[5]: وعلى وليّ المجنون أن يطوف به عليهن.

قوله: (**فإن عجز عن الانتقال إليهن جاز له المقام عند من مرض عندها منهن، فإن صح استأنف القسم بينهن ولم يلزمه أن يقضيهن ما أقام في مرضه عند واحدة منهن**).

---

(١) في ب: انعزالها .

(٢) في كتابه : تاريخ القيروان.

(٣) الأمير يحيى .

(٤) انظر: «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٥٢٩)، و«المعيار» (١٠/ ٧٩).

(٥) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٨٨) .

وإن مرض فعليه أن يعدل بينهن في مرضه كما يفعل ذلك في صحته، فإن عجز عن الانتقال إليهن جاز له المقام عند من مرض عندها منهن، فإن صح استأنف القسم بينهن ولم يلزمه أن يقضيهن ما أقام في مرضه عند واحدة منهن.

ما ذكر أنه يقيم عند من مرض عندها بين إن كان يعجز عن غيرها ، وإن كان يقدر أن ينتقل لغيرها ولكنه لا يقدر على التناوب فهو مُخَيَّر، قاله فيها[١]، وهو المعروف.

وقيل: يُقْرِعُ بينهن، حكاه عياض في «إكماله»[٢].

وظاهره: أنه في المذهب ويتخرج عندي من الخلاف، إذا أراد السفر بإحداهن، وكل هذا إذا كانت كل واحدة تصلح منهن لمرضه ، وأما إن كانت لا تصلح إلا واحدة وأرادها فإنها تتعين عملًا بما سيأتي في المسألة المشار إليها.

قال اللخمي: واختلف في المستقبل [صح][٣] هل يبتدئ بغير من كان عندها أو كانت معه أو يكون بالخيار فيبتدئ بأيهما أَحَبَّ.

ويجري فيها قول ثالث: أن تكون قرعة بينها وبين من سواها ، وأرى أن يبتدئ بغيرها، ثم بالتي كان لها الحق قبل المرض، ثم يكون عند من كان عندها.

وإن اختلفت عليه كيف كانت التبدئة بينهن لطول المرض أقرع بينهن خاصة .

قوله: (ولا بأس أن يزيد واحدة منهن في نفقتها وكسوتها وحليها وغير ذلك من اللطف بها إذا كان أميل إليها ما لم ينقص غيرها من نسائه من حقها).

ما ذكره هو ظاهرها ، وهو قول مالك في «العتبية» .

قال ابن رشد[٤]: وهو معروف مذهب مالك وأصحابه.

وقال ابن نافع: يجب عليه أن يعدل بينهن في ماله بعد إقامته لكل واحدة ما يجب لها ، والأول أظهر .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٢٦).

(٢) «الإكمال» (٧/ ٤٥٣).

(٣) سقط من أ .

(٤) «البيان» (٤/ ٣١٧).

فصل: اللطف بمن كان الزوج أميل إليها:

ولا بأس أن يزيد إحداهن في نفقتها وكسوتها وحليها وغير ذلك من اللطف بها، إذا كان أميل إليها ما لم ينقص غيرها من نسائه من حقها.

فصل: في القسم بين الزوجات في السفر:

وإذا أراد سفرًا إلى حج أو غزوة أقرع بينهن فسافر بمن خرج سهمها، ثم إذا حضر استأنف القسم بينهن ولم يقضهن عن سفره لمن سافر منهن. وإذا إراد سفرًا في تجارة فعنه فيه **روايتان:**

إحداهما: أنه يقرع بينهن كما ذكرناه في الحج والغزوة.

والرواية الأخرى: أنه يخرج بمن اختار منهن ولا يقرع بينهن.

وما نقله عن ابن نافع عزاه المتيطي رواية .

وقال اللخمي: أجاز ذلك ابن حبيب.

وقال مالك في «كتاب محمد» : لا بأس به ما لم يكن ميلًا.

وقال أيضًا : لا بأس بالشيء اليسير ما لم يكن ميلًا، وهو أحسن .

قلت: فتحصل أربعة أقوال :

الجواز مطلقًا ، وهو المعروف .

والمنع لابن نافع وابن حبيب ومالك في أحد أقواله .

وعنه: يجوز ما لم يكن ميلًا.

وعنه مثله بشرط يسارته .

قوله: (**وإذا أراد سفرًا إلى حج أو عمرة أو غزو أقرع بينهن فسافر بمن خرج سهمها منهن ، ثم إذا حضر استأنف القسم بينهن ولم يقضهن عن سفره بمن سافر منهن .**

وإذا أراد سفرًا في تجارة فعنه فيه روايتان:

إحداهما: **أنه يقرع بينهن كما ذكرنا في الحج والغزو .**

والرواية الأخرى: **أنه يخرج بمن اختاره منهن ولا يقرع بينهن .**

وقد قيل في الأسفار كلها: يخرج بمن شاء منهن ولا يقرع بينهن ، وكذا القسم بين المسلمات وبين الكتابيات سواء).

وقد قيل في الأسفار كلها: يخرج بمن شاء منهن، ويترك من شاء منهن، ولا يقرع بينهن.

وكذلك القسم بين المسلمات والكتابيات سواء.

في كلامه قَلَق ، وحاصل ما ذكر: إن كان سفر غزو أو حج أقرع.

وظاهره: من غير خلاف وإلا فروايتان، وغيره يعمم الخلاف ، ويذكر في المسألة ثلاثة أقوال:

القرعة مطلقًا.

والتخيير مطلقًا.

والثالث: إن كان غزوًا أو حجًّا أقرع وإلا اختار، ولم يذكره ابن بشير ، وذكر عوضه وعزاه لبعض أهل المذهب: أنه يقرع في سفر الغزو بخلاف غيره من الأسفار.

ولم يحفظه ابن عبد السلام بل قال : هو ظاهر قولها[(١)]: فإن كانت القرعة ففي الغزو لما روي عن النبي ﷺ فعله فيه .

فتحصل في المسألة أربعة أقوال.

وكل هذا إذا كانت كل واحدة تصلح للسفر ، وأما إن كانت التي تصلح للسفر واحدة فقط فله أن يسافر بها بلا خلاف على ظاهر كلام غير واحد .

[وظاهرها][(٢)]: أنه لا يجبر من تلحقها معرة أو مضرة، وهو كذلك، صَرَّحَ به اللخمي.

وحيث تؤمر بالسفر فلم تفعل فإن نفقتها تسقط . قاله ابن عبد البر في «الكافي»[(٣)] ولا يبعد تخريج الخلاف الذي في الناشز.

قوله: (وإذا كانت له زوجتان حرة و أمة فقد اختلف قوله في القسم بينهما فعنه في ذلك روايتان :

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٢٤) .

(٢) في ب: وظاهره .

(٣) «االكافي» (٢/ ٥٦٣).

فصل: في القسم بين الزوجة الحرة والزوجة الأمة:

وإذا كانت له زوجتان حرة وأمة فقد اختلف قوله في القسم بينهما، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أن القسم بينهما سواء. والأخرى: أن للأمة يومًا وللحرة يومين.

فصل: في لا قسم بين الزوجات والسراري ولا بين السراري:

ولا قسم بين الزوجات والسراري، فإذا كانت له زوجة وَسُرِّيَّة فله أن يقيم

إحداهما: أن القسم بينهما سواء.

والرواية الأخرى: أن للأمة يومًا وللحرة يومين).

الرواية الأولى هي المشهورة.

والثانية: قال ابن الماجشون: إليها رجع مالك، وبه أقول.

وإذا فَرَّعْنَا عليها فظاهر قول الشيخ: وإن كانت الحرة نصرانية، وهو كذلك على ظاهر كلام الأكثر.

وقال اللخمي: سوَّى بينهما [لترجيح][1] النصرانية بالحرية، والأمة بالإسلام. فتحصل ثلاثة أقوال.

وهذا الخلاف إنما هو معلوم في الحُرّ.

وأما في العبد فكل المذهب على المساواة إلا ابن الماجشون فإنه قائل كقوله في الحر، نقله ابن بشير[2]، ولا أعرفه لغيره.

قوله: (ولا قسم بين الزوجات والسراري فإذا كانت له زوجة وَسُرِّيَّة فله أن يقيم عند الزوجة دون السرية، وعند السرية دون الزوجة ما شاء، وما بدا له ما لم يقصد بذلك الإضرار بالزوجة، وليس بين السراري قسم وليس عليه في ترك وطئهن إثم).

---

(١) في أ: التخريج.

(٢) «التنبيه» (٢/ ٤٩أ).

عند الزوجة دون السرية، وعند السرية دون الزوجة ما شاء، وبدا له ما لم يقصد بذلك الإضرار بالزوجة.

ظاهره: إن قصد الإضرار فهو حرام، وهو ظاهرها.

وقال ابن شاس(١): ويجب القسم للزوجات دون [المتولدات](٢) إلا أن الأولى العدل وكف الأذى، ولم يعزه بعض شيوخنا إلا لنقل ابن الحاجب(٣) وهو قصور.

واعترضه ابن عبد السلام بأن لفظها يدل على أن كفّ الأذى واجب.

وردّه بعض شيوخنا بوجهين(٤):

أحدهما: أن المحكوم عليه [بأولى](٥) مجموع العدل وكفّ الأذى إلا لمجرد وكفّ الأذى فقط.

الثاني: أن الأذى غير(٦) الضرر وأخف منه فلا تنافي بين كون ترك الأذى أولى وبين كف الضرر واجب، ودليل كونه غيره وأخف منه قوله تعالى: ﴿لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّآ أَذًى﴾ [آل عمران:١١١].

وأما الأمة فقال اللخمي: المذهب لا مقال للحرة في إقامته [عند الأمة](٧) وفيه نظر إلا أن يثبت فيه إجماع.

❁ ❁ ❁

---

(١) «عقد الجواهر» (٣/ ١٢٥٨).

(٢) في ب: المستولدات.

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٨٥).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٥٢٦).

(٥) في ب: فأول.

(٦) في ب: عين.

(٧) في ب: للحرة.

كتاب الرضاع

باب: في الرضاع وما يحرم منه

فصل: في صفة الرضاع المُحَرِّم:

والمصة الوحدة من الرضاعة مُحرّمة، وتحريم الرضاع في الحولين وما قاربها، ولا حرمة له بعد ذلك .

كتاب الرضاع

باب: في الرضاع وما يحرم منه

قال بعض شيوخنا[١]: الرضاع عرفًا: وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر لتحريمهم بالسعوط والحقنة ، ولا دليل إلا مسمى الرضاع .

ويقال: الرَّضَاع والرِّضَاع بالفتح والكسر.

قوله: (**قال مالك رحمه الله : والمصة الواحدة من الرضاعة محرمة**).

ما ذكر مثله فيها[٢].

قوله: (**وتحريم الرضاع في الحولين، وما قاربها، ولا حرمة له بعد ذلك**).

يريد بـ«المقاربة» -والله أعلم- الأيام اليسيرة كأنه قول مالك في «المختصر» ، وقد علمت اعتماد الشيخ عليه ،وهو أحد الأقوال الثمانية ، وله في «الحاوي» اعتبار نقصان الشهور، وبه قال سحنون.

وقيل: باعتبار يومين ، نقله ابن رشد[٣].

وقيل: باعتبار شهرين ، قاله في «التهذيب»[٤].

وهو المشهور ، وبه الفتوى.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ١٠٢) .

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٩٥).

(٣) «البيان» (٤/ ٣٥٢).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٤٨).

وإذا فُصل الصبي قبل الحولين واستغنى بالطعام عن الرضاع، ثم أرضع بعد ذلك لم تكن برضاعه حرمة.

وقيل: الشهر ونحوه ، وجعله في «الرسالة» مغايرًا لما يليه .

وقيل : باعتبار شهر فقط، قاله ابن القصار، وروي عن مالك .

وقيل: باعتبار ثلاثة أشهر، رواه الوليد .

وقيل: لا يزاد على الحولين شيئًا، وهو ظاهر «الموطأ».

واعلم أن الزيادة المذكورة على ما تقدم إنما هي تلوم للحولين، والتلوم لا تلوم له . قاله أبو حفص العطار .

وظاهر قول الشيخ : ولا حرمة له بعد ذلك ولو في الحجابة .

وقال ابن المواز: لو أخذ به فيه لم أعبه كل العيب .

قال عبد الحميد: واستحسن بعض شيوخنا الأخذ به في ذلك ، وفعل به متقدمو أشياخنا في أهليهم ، وقد كان بعض شيوخنا يقول: لو صح أن يكون للكبير غذاء وينبت اللحم فلا فرق بين الحجابة وغيرها فانظر في ذلك.

قلت: وعرّفني من نثق به أن شيخنا أبا محمد عبد الله الشبيبي أفتى به له في الحجابة .

وصفة رضاع الكبير: أن يحلب له اللبن ثم يسقاه ، وأما أن تعطيه المرأة ثديها كما يصنع بالطفل فلا؛ لأن ذلك لا يحل .

قوله: (وإذا فصل الصبي قبل الحولين واستغنى بالطعام عن الرضاع ثم أرضع بعد ذلك لم تكن لرضاعه حرمة).

ما ذكر مثله فيها[1] .

وقيل: إنه يحرم . قاله مطرف وابن الماجشون وغيرهما .

وقال اللخمي: أرى إن كان الرضاع المصة [والمصتين][2] لا يحرم وإن أعيد إلى

(١) «المدونة» (٢/ ٢٩٧)، و«التهذيب» (٢/ ٤٤٧) .

(٢) في ب: والمصة .

والسعوط باللبن بمنزلة الرضاع إذا وصل إلى الجوف،والحقنة باللبن لا تحرم.

الرضاع وأسقط الطعام حرم فتحصل ثلاثة أقوال ، وكل هذا إنما هو في القرب، وإن بعد فلا يحرم اتفاقًا .

قال ابن عبد السلام : ولم يتعرضوا في هذا القسم إلى تحديد اليسير فيما رأيت كما تعرضوا في القسم الأول والكلام فيهما متقارب في المعنى.

قوله: (والسعوط باللبن بمنزلة الرضاع إذا وصل إلى الجوف).

السعوط: ما تَنَشَّق في الأنف.

وما ذكر مثله قول ابن القاسم فيها[1]، وهو المشهور.

وقال مالك في «كتاب ابن حبيب»: يحرم وأطلق القول في ذلك.

قال اللخمي: وهو أحسن؛ لأنه منفذ متسع يصل منه قدر المصة، فلا يمنع التحريم.

ومحمل قولها[2]: «إن كان وصل إلى الجوف».

يريد: أن وصوله مشكوك فيه، فقوله ذلك عبارة عن الوقف كأنه يقول : إنما تقع الحرمة إذا وصل إلى الجوف ولا يدرى هل وصل أم لا؟ لأنه ليس بكبير فيخبر عن نفسه .

وردّه ابن بشير[3]: بأنه ليس بشك وإنما حال الأمر على تحقيق الوصول وعدمه .

قوله: (والحقنة باللبن لا تحرم).

ما ذكر مثله في «كتاب ابن شعبان»[4] عن مالك ولم يحفظه اللخمي بل اختاره ، وقيل: عكسه تحرم مطلقًا.

وقيل: إن وصل إلى الجوف حتى يكون له غذاء حرم وإلا فلا ، قاله فيها[5].

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٩٥)، و«التهذيب» (٢/ ٤٤٥).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٩٥).

(٣) «التنبيه» (٢/ ٥٣ ب).

(٤) «الزاهي» (ص/ ٤٢٣).

(٥) «التهذيب» (٢/ ٤٥٠).

وإذا أضيف دواء بلبن أو جعل في طعام فأطعمه صبي، فإن كان اللبن غالبًا عليه وقعت به الحرمة، وإن كان الطعام أو الدواء غالبين على اللبن لم تقع به الحرمة، قاله ابن القاسم. وقال عبد الملك ومطرف: يحرم به، وإن كان غير اللبن هو الغالب.

فصل: فيمن يحرم من الرضاع:

وإذا ارتضع صبي من امرأة ميتة، وقعت بذلك الحرمة، ....

وقيل: يحرم بشرط إن لم يطعم ولا يسقى إلا في الحقنة .

عاشر: قاله محمد ونقله ابن بشير تفسيرًا، وأبعده بقوله: هذا الأمر لا يكاد أن يصح.

قوله: (وإذا أضيف دواء في لبن أو جعل في طعام فأطعمه صبي فإن كان اللبن غالبًا عليه وقعت به الحرمة وإن كان الدواء أو الطعام غالبًا على اللبن لم تقع به حرمة، قاله ابن القاسم .

وقال مطرف: تقع به الحرمة وإن كان غير اللبن هو الغالب).

قول ابن القاسم هو نصها وهو المشهور ، وعلى الشاذ فقال عبد السلام: وينبغي أن يقدر في الواصل إلى بطن الصبي مقدار [مصة] (١) خاصة لا أقل من ذلك.

ولا يعارض قولها بقولها(٢) : «إذا حلف لا آكل سمنًا فلتّ السمن بسويق ولم يجد طعمه فإنه يحنث» لقولهم هناك:إنه لو صب عليه الماء لتحلل السمن من السويق .

وأخذ أبو عمران من قولها: أنه يشترى من الأسواق ولا يسئل عن حَلِّيّة ما فيها إذا كان الغالب الحلال .

قوله: (وإذا ارتضع صبي من امرأة ميتة وقعت به الحرمة).

يريد: إذا علم أن في ثديها لبنًا لتصريحها(٣) بذلك ، وهذا هو المشهور .

---

(١) في أ: مظنة .

(٢) «التهذيب» (٢/ ١١١).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤٤٨).

وإذا ارتضع الصبي من امرأة، فلا يحل له نكاح أحد من بناتها ممن ولدته معه أو قبله أو بعد قرب أو بعد من رضاعه.

وكل ابنة ارتضعت تلك المرأة قريبة كانت أو أجنبية، فهي لها ابنة، وهي محرمة عليه وهي أخت له، ولا بأس أن ينكح أخوه ابنتها؛ لأنه لا حرمة بينه وبينها.

فصل: في نشوء الحرمة بين الرضيع والمرضع وزوجها:

ومن ارتضع من امرأة ذات زوج ثبتت الحرمة بينه وبينها وبين زوجها، ولا يحل له أحد من ولد تلك المرأة من ذلك الزوج أو من غيره، ولا يحل له أحد من ولد الزوج من تلك المرأة ولا من غيرها.

فصل: في الولد والبنت يرضعان امرأتين لزوج واحد:

وإذا كان للرجل امرأتان، فأرضعت إحداهما غلامًا، وأرضعت الأخرى جارية، فلا يجوز أن يتناكحا ؛ لأنهما أخوان للأب، وإن كانت الأمّان مفترقتين.

وقيل: إنه لغو، حكاه عبد الحميد عن نقل ابن شعبان[(١)].

قوله: (وإذا ارتضع صبي من امرأة فلا يحل له نكاح أحد من بناتها ممن [ولدته][(٢)] معه أو قبله أو بعده قرب أو بعد من رضاعه.

وكل ابنة ارتضعت من تلك المرأة قريبة كانت أو أجنبية فهي محرمة عليه وهي أخت له .

ولا بأس أن ينكح أخوه ابنتها ؛ لأنه لا حرمة بينه وبينها .

ومن ارتضع من امرأة ذات زوج ثبت الحرمة بينه وبين زوجها ولا يحل له أحد من تلك المرأة من ذلك الزوج أو من غيره ،ولا يحل له أحد من ولد الزوج من تلك المرأة ولا من غيرها.

فإن كان للرجل امرأته فأرضعت إحداهما غلامًا، وأرضعت الأخرى جارية فلا يجوز أن يتناكحا لأنهما أخوان للأب.

وإن كانت الأمّان مفترقتين).

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٤٢٣).

(٢) في ب: ارتضعه .

فصل: في إرضاع المطلقة بعد دخولها بزوج ثان من اللبن الأول:

وإذا طلق الرجل امرأته وهي ترضع، ثم نكحها رجل بعده، فأرضعت بعد ذلك النكاح الثاني ودخوله بها صبيًّا واللبن الأول باق ثبتت الحرمة بينه وبين الزوجين جميعًا ما لم ينقطع اللبن الأول، فإذا انقطع اللبن الأول ثم حدث لبن ثان، وهو الذي ارتضع الصبي بعد طلاق الزوج الأول لهاكانت الحرمة للزوج الثاني دون الأول.

قال ابن عبد السلام: وانظر إذا كانت البكر حينئذٍ معقودة النكاح ولم يدخل بها زوجها هل [تنشر][1] الحرمة بين [الرضيع][2] وبين الزوج أم لا ؟

واختلف إذا رضع صبي امرأة زنت فحدث بسبب ذلك الزنا لبن أو ولدت من زنا فحدث بسبب ذلك الزنا لبن أو ولدت من زنى فحدث لها لبن فرضاعتها حينئذ صغيرة، فهل يجوز للزاني نكاحها أم لا على قولين مخرجين من نكاح المخلوقة من مائه، ذكر ذلك غير واحد.

قوله: (وإذا طلق الرجل امرأته وهي ترضع ثم نكحها رجل بعده فأرضعت بعد النكاح الثاني صبيًّا واللبن الأول باق ثبتت الحرمة بينه وبين الزوجين جميعًا ما لم ينقطع اللبن الأول ، فإذا انقطع اللبن الأول ثم حدث لبن ثان وهو الذي ارتضع منه الصبي بعد طلاق الزوج الأول لها ودخول الثاني بها كانت الحرمة للزوج الثاني دون الأول).

ظاهره: ولو حملت من الثاني أو [ولدت][3] الأولاد وهو كذلك على ظاهرها وأحد الأقوال الأربعة .

وقيل: [وطء][4] الثاني يقطع حكم الأول .

وقيل: بل الحمل منه.

وقيل : بل الوضع.

---

(١) في ب: تنتشر .

(٢) في ب: الراضع .

(٣) في أ: ولده .

(٤) في أ: بطن .

فصل: في إرضاع المرأة التي لم تلد والعجوز والذكور والصبية التي لم تبلغ الوطء:

وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد والعجوز التي قعدت عن الولادة صبيًّا فرضاعهما يحرم، ولا يحرم رضاع الذكور وإنما يحرم رضاع الإناث.

وظاهر قولها(١): «إذا لم ينقطع اللبن» ولو جاوز خمس سنين، وهو كذلك خلافًا لسحنون.

وأخذ ابن محرز من قولها اعتبار لبن امرأتين خلطا من غير اعتبار بالغلبة بخلاف ما تقدم.

وقال غيره: هما سواء.

وتردد عبد الحميد هل يقول ابن القاسم بالأول أم لا ؟

وذكر ابن عبد السلام أخذ ابن محرز رواية عن مالك.

قوله: (**وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد، أو العجوز التي قد قعدت عن الولد صبيًّا فرضاعهما يحرم**).

ظاهره: في العجوز وإن كان مثلها لا يوطأ وهو المعروف .

وقال ابن عبد البر في«الكافي»(٢): لبن العجوز التي لا تلد إن كان مثلها يوطأ يحرم.

فظاهره: إن كانت لا توطأ من كبر أن لبنها لغو.

ونقل ابن عبد السلام لغو لبنها،والحالة كما ذكر عن ابن رشد(٣) ووهم فيه.

قوله: (**ولا يحرم رضاع الذكور وإنما يحرم رضاع الإناث**).

ما ذكر أنه لا يحرم لبن الذكور هو نصها(٤) وهو المشهور .

وقيل: يكره نكاحها ، رواه أهل البصرة عن مالك .

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٩٦).

(٢) «الكافي» (٢/ ٥٤٠).

(٣) «البيان» (٥/ ١٤٢).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٤٧).

وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن، فأرضعت صبيًّا لم تقع به حرمة.

فصل: كل من يحرم بالولادة يحرم بالرضاعة:

والرضاعة تجري مجرى الولادة فكل من حرم بالولادة حرم بالرضاعة. ولا

وقيل: إنه يحرم، قاله أبو الحسن بن اللبان الفرضي .

قال اللخمي: وإليه ذهب بعض شيوخنا وهو أبين؛ لأنه إذا كانت الحرمة بما يكون من اللبن عن وطئه كانت الحرمة بمباشرته لبنه للولد أولا .

وذكرت هذا في درس شيخنا -حفظه الله تعالى- كأنه من عندي لعدم مطالعتي لكلامه، هذا فلم يرتضه مُفَرِّقًا بأن وطأه علم أنه يدر اللبن وإرضاعه نادر فصار كما قال ابن رشد[1]: إذا التذ بذات المحرم أنه لا ينقض وضوءه.

وأراد الشيخ بقوله: وإنما يحرم رضاع الإناث أي من الآدميات كما هو السياق لقولها[2]: «ولا يحرم لبن البهيمة . يعني . كما إذا شرب صبيان ذكر وأنثى لبن شاة فإنه لا أثر له لقوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَـٰتُكُمُ﴾ [النساء:٢٣] والشاة ليست بأم.

ولما [قرأ][3] قولها هذا على شيخنا أبي مهدي -رحمه الله تعالى- في جامع القصبة من تونس المحروسة .

قلت : هذا متفق عليه .

قال : صحيح.

ولكن وجدت في حاشية «تهذيبي» بخطي أن بعض المخالفين نقل عن مالك التحريم ولا أدري من أين نقلته فما زلت أبحث عنه حتى وقفت عليه كما ذكر لنقل عبد الحميد الصائغ في «تعليقته».

قوله: (وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن، فأرضعته صبيًّا لم تقع به حرمة، والرضاعة تجري مجرى الولادة فكل من حرم بالولادة حرم بالرضاعة ، ولا

---

(١) «المقدمات» (١/ ١٠٢).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٥١).

(٣) في ب: قرَّر.

يجوز للرجل أن يتزوج امرأة أبيه من الرضاعة ولا امرأة ابنه من الرضاعة. ولا بأس أن تسافر المرأة مع ابنها أو أبيها أو أخيها من الرضاعة، أو عمها أو خالها أو سائر ذوي محارمها من الرضاعة.

يجوز أن يتزوج الرجل امرأة ابنه من الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة).

ما ذكر مثله لابن عبد البر في «الكافي»[(١)] وهو خلاف قولها[(٢)]: «وإذا درت بكر لا زوج لها فأرضعت صبيًّا فهي أم له فظاهرها وإن لم يوطأ مثلها».

وحمل اللخمي قول الشيخ على الخلاف لقوله وقولها أبين؛ لأنه لبن من آدمية غذي به صغير وانتفع به ، وقياسًا على اليائسة، ولعموم الآية .

وقال خليل[(٣)]: لا يبعد أن يحمل قولها على ما إذا كانت في سن من توطأ .

فيكون ما فيها وفاقًا للشيخ، والاتفاق على اعتبار إرضاع من توطأ .

وقال ابن الحاجب[(٤)]: وفي لبن من نقصت عن سن المحيض قولان .

فقبله ابن راشد وابن عبد السلام .

وتعقبه ابن هارون: بأنه إنما ذكر الأشياخ الخلاف فيمن لم تبلغ حد الوطء .

قوله: (ولا بأس أن تسافر المرأة مع أبيها وابنها وأخيها من الرضاعة أو عمها أو خالها أو سائر ذوي محارمها من الرضاعة).

وإذا مات الرجل عن امرأته وهي حامل فوضعت حملها كان رضاع الصبي في مال نفسه ، فإن لم يكن له مال فرضاعه في بيت مال المسلمين ،وليس على أحد من ورثة أبيه رضاعه وليس على أمه رضاعه موسرة كانت أو معسرة ألَّا لا يقبل الرضاعة من غيرها فيلزمها الرضاعة .

❁ ❁ ❁

---

(١) «الكافي» (٢/ ٥٤٠).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٤٨).

(٣) «التوضيح» (٤/ ١٠٤).

(٤) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢٩).

باب: في الحضانة

فصل: الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها:

والأم أحق بحضانة الولد ورضاعه من غيرها، وإذاطلق الرجل امرأته وله منها ولد صغير فأراد الشخوص به إلى بلد يريد سكناه والانتقال إليه، فله أخذ ولده منها. وإن أراد الخروج إلى تجارة لم يكن له ذلك. وإن كانا مقيمين في بلدة واحدة فهي أحق بحضانته ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها، فإذا تزوجت ودخل بها زوجها سقطت حضانتها، فإن طلقها الزوج أو مات عنها لم تعد حضانتها.

فصل: في حق الحضانة:

والحضانة حق للمرأة في ولدها وليست بحق للولد عليها فإن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته وإذا استحقت المرأة حضانة ولدها فتركته ولم ترد أخذه وهي فارغة من زوج، ثم أرادت بعد ذلك أخذه، فإن كان تركها إياه لعذر كان لها أخذه، وإن كانت تركته رفضًا له ومقتًا لم يكن لها بعد ذلك أخذه.

باب: في الحضانة

قوله: (قال: والأم أحق بحضانة الولد ورضاعه من غيرها ، وإذا طلق الرجل امرأة وله منها ولد صغير وأراد الشخوص به إلى بلد يريد سكناه والانتقال إليه فله أخذ ولده منها ، وإن أراد الخروج إلى التجارة لم يكن له ذلك ، وإن كانا مقيمين في بلد واحد فهي أحق بحضانته منه ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها ، فإذا تزوجت ودخل بها زوجها سقطت حضانتها ، فإن طلقها الزوج أو مات عنها لم تعد حضانتها.

فصل: والحضانة حق للمرأة في ولدها وليست بحق للولد عليها، فإن شاءت أخذته وإن شاءت تركته ، وإن استحقت المرأة حضانة ولدها فتركته ولم ترد أخذه وهي فارغة من زوج ثم أرادت بعد ذلك أخذه ، فإن كان تركها إياه لعذر كان لها أخذه وإن كانت تركته رفضًا ومقتًا له لم يكن لهما بعد ذلك أخذه).

فصل: في ترتيب حق الحضانة:

والجدة أم الأم أحق بحضانة ولد ابنتها من أبيه إذا لم تكن ذات زوج أجنبي، فإن كانت ذات زوج أجنبي سقطت حضانتها، فإن كان زوجها جد الولد لم تسقط حضانتها، والخالة أخت الأم أحق بحضانة الولد من أبيه إذا لم تكن له أم ولا جدة أم أم، والجدة أم الأب أولى بالولد من الأب وهي أولى بالولد من العمة والأخت وسائر قرابات الأب، وقد قيل: إن الأب أولى من الجدة أم الأب، والأب أولى بالولد من العمة والأخت وسائر قرابات الأب.

فصل: في مدة الحضانة:

وحضانة الغلام حتى يحتلم وقد قيل: حتى يثغر. وحضانة الجارية حتى تحيض وتتزوج، ويدخل بها زوجها.

قوله: (**فصل: والجدة أم الأم أحق بحضانة ولد ابنتها من أبيه إذا لم تكن ذات زوج أجنبي ، فإن كانت ذات زوج أجنبي سقطت حضانتها ، فإن كان زوجها جد الولد لم تسقط حضانتها .**

والخالة أخت الأم أحق بحضانة الولد من أبيه إذا لم يكن له جدة .

والجدة أم الأب أولى بالولد من الأب وهي أولى من العمة والأخت وسائر قرابة الأب ، وقد قيل:إن الأب أولى بالولد من الجدة أم الأب ، والأب أولى بولده من العمة والأخت وسائر قرابات الأب.

وحضانة الغلام حتى يحتلم ، وقيل: حتى يثغر .

وحضانة الجارية حتى تتزوج ويدخل بها زوجها).

يعني: ولا يجوز أن تسافر مع غير ذي محرم منها.

وفي «إجارتها»[1]: أكره للأعزب أن يؤاجر غير ذي محرم منه حرة كانت أو أمة، والكراهة على التحريم.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٦٨).

....

❁ ❁ ❁

وللخمي فيها تفصيل منه إن كان له أهل وهو مأمون وإلا لم يجز .

وفي «**التهذيب**»[١]: قيل لمالك : في رجال من الموالي يأخذون صبيان الأعراب تصيبهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا، وتكون فيهم الجارية فيريد أن يتزوجها؟

قال: ذلك جائز ، ومن أنظر لها منه.

وقد جرت عادة البراذعي لا يختصرها كالأم إلا لمعنى من المعاني ، والمعنى ما أشرنا إليه من أن فيه الخلوة بالأجنبية وهو لا يجوز ، ولذلك عارض بعض أهل النظر قولها هذا بقول «إجارتها» ،وإن كان ابن رشد قال: هذا غير صحيح، فإنه لم يتكلم إلا على نكاحها بعد وقوع حضانتها .

ومن ثبت عليه أنه خلى بالأجنبية فإنه يؤدب ، وكذلك من خلا بصغير.

وكان أبو [عليّ الحسن][٢] بن نصر السوسي ولي أحكام سوسة وكان يأمر من يمشي على شاطئ البحر والمواضع الخالية، فإن وجد رجلًا مع غلام حدث أتوا بهما إليه، فإن لم تقم بينة أنه ابنه أو أخوه وإلا عاقبه.

قلت: لا مفهوم لما ذكره، وإنما يريد أنه ذو محرم منه كابن أخيه، وخصوصية عقوبة الرجل لا معنى له بل يعاقب الصبي معه ، ولو كان غير بالغ كما يؤدب في المكاتب اتفاقًا إلا أن يعتذر من لا يبلغ بجهل، فيرى فيه القاضي رأيه.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٤٦).

(٢) في ب: الحسن علي ، والمثبت هو الصواب .

كتاب الطلاق وما جانسه

كتاب الطلاق وما جانسه

صَرَّحَ أشهب بأن الطلاق مكروه لوجهين:

أحدهما: مخالفة [نهي][(١)] النبي ﷺ وهو قوله: «**لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق**»[(٢)].

الثاني: قد يحلف وزوجته حائض فيجبر على الرجعة.

زاد ابن رشد[(٣)]: وقد يحنث بحيث لا يشعر فيبقى مع زوجته وهو حانث.

وظاهر قول «الرسالة»[(٤)] أنه حرام لقولها: «ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق، ويلزمه».

وقال مطرف وابن الماجشون: يؤدب إذا تكرر حلفه بها وهو جرحة في الشهادة والإمامة، وجرت عادتي في ولايتي [أن يؤدب][(٥)] بالقول فيمن لم يتكرر منه [وبغيره فيمن تكرر منه][(٦)] غالبًا.

قال ابن القاسم: ويضرب من لا امرأة له أكثر لإضافته إلى النهي الكذب.

وهو على خمسة أقسام:

مكروه لما تقدم، وهو إذا كان الزوجان كل منهما يؤدي حق صاحبه.

والثاني: إذا كانت الزوجة غير مؤدية حقه، فإنه مباح عند اللخمي ومندوب إليه

---

(١) سقط من أ.

(٢) لم يقف عليه أحد من الحفاظ، وقد نازع السخاوي في وروده فضلاً عن ثبوته، وقال: أظنه مدرجًا. «المقاصد الحسنة» (٦٥٦).

(٣) «البيان» (٦/ ١١٨).

(٤) «الرسالة» (ص/ ٨٥).

(٥) في ب: أني نؤدب.

(٦) سقط من ب.

....

عند ابن بشير[١].

[**والثالث**: إن كانت غير صَيِّنَة في نفسها، فإنه يستحب فراقها إلا إن تعلق بها نفسه عند اللخمي، ومباح عند ابن رشد][٢].

والرابع: إذا فسد ما بينهما ولا يكاد يسلم دينه معها، فإنه يجب الفراق، قاله اللخمي.

والخامس: إذا خيف من وقوعه ارتكاب كبيرة مثل أن تكون لأحدهما بالآخر علاقة إن فارقها خاف ارتكاب الزنا ، فإنه يحرم . قاله ابن بشير[٣].

❁ ❁ ❁

(١) «التنبيه» (٢/ ٧٧ب).

(٢) سقط من ب.

(٣) «التنبيه» (٢/ ٧٨ أ).

باب: التمليك في الطلاق وأحكامه

فصل: فيمن مَلّك امرأته طلاقها:

وإذا ملك الرجل امرأته طلاقها، فقال لها: أمرك بيدك، فلم تجبه حتى افترقا من مجلسها ففيها روايتان عنه:

إحداهما: أن التمليك ساقط.

والرواية الأخرى: أن التمليك ثابت.

باب: التمليك

قوله: (قال مالك رحمه الله: وإذا ملك الرجل امرأته طلاقًا فقال لها : أمرك بيدك فلم تجبه حتى افترقا من مجلسها ففيها روايتان :

إحداهما: أن التمليك ساقط .

والرواية الأخرى: أن التمليك ثابت).

التمليك مباح، قاله أبو حفص العطار .

وقيل: إنه مكروه [كالتخيير][1] نقله بعض فضلاء أصحابنا.

والروايتان اللتان ذكرهما الشيخ هما فيها[2] وزاد : وإلى الثانية رجع وبالأولى أخذ ابن القاسم .

وقوة كلام الشيخ تقتضي: أنه لو بدا له قبل افتراقهما فليس له ذلك، وهو كذلك، صرح به فيها.

وفيما إذا جعل أمرها بيد أجنبي ويقوم منها أحد القولين أنه لا رجوع له في العارية إذا كانت غير مؤجلة قبل القبض [كقوله][3]: أعيرك هذه الأرض لتغرسها، خلاف قولها في «كتاب العارية»: إن له الرجوع ولو بقرب قبضها قبل الغرس، وعلى هذا يكون معارضًا لما هنا.

---

(١) في أ: لا لتخيير .

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٧١).

(٣) في ب: كقولك .

فإن أجابته فقالت: قد قبلت أو رضيت أو اخترت، ثم افترقا قبل أن يوقع طلاقًا فالتمليك صحيح ثابت. وإن قالت: قد قبلت نفسي أو اخترت نفسي، لزمه الطلاق بعد القول.

وإن قالت: قد قبلت أمري، فإن أرادت الطلاق فذلك لها، وإن لم ترد الطلاق، فلا يكون ذلك طلاقًا. وإن قالت: قد قبلت نفسي ولم أرد طلاقًا فقد طلقت، ولا يقبل قولها.

وإذا طلقت المملكة نفسها ثلاثًا فناكرها زوجها، وذكر أنه قصد بالتمليك

ويمكن أن [يفرق][1] بأن العارية معروف وذلك يناسب رجوعه وبأن ما هنا حق لله ،وما هناك حق لآدمي وحق الله آكد.

قوله: (فإن أجابته فقالت: قد قبلت أو رضيت أو اخترت ثم افترقا قبل أن توقع طلاقًا فالتمليك صحيح ثابت) .

يتبادر للذهن أنه إن أراد على الروايتين معًا فغير صحيح، وإن أراد على الثانية فقط فواضح، لأن قصار أمرها أن تكون لم تجب بشيء.

قوله: (وإن قالت : قد قبلت نفسي أو اخترت نفسي لزمه الطلاق بهذا القول).

وكذلك قال عبد الملك إذا قالت : اخترت أمري لا يقبل منها أرادت عدم الطلاق.

قوله: (وإن قالت: قد قبلت أمري سئلت ، فإن أرادت الطلاق فذلك لها ، وإن لم ترد الطلاق فلا يكون طلاقًا ، وإن قالت: قد قبلت نفسي ولم أرد طلاقًا، فقد طلقت ولا يقبل قولها).

يعني: كما قال فيها[2]: وتسأل عما أرادت.

وأقام شيخنا -حفظه الله تعالى - منها: أن الشاهد إذا شهد شهادة مجملة أنه يفسرها ولا يضره ذلك.

قوله: (وإن طلقت المملكة نفسها ثلاثًا فناكرها زوجها وذكر أنه قصد بالتمليك

---

(١) في أ: يقر .

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٧١) .

طلقة واحدة، فالقول قوله مع يمينه. وإن لم تكن له نية فلها أن توقع ما شاءت من عدد الطلاق، ولا مناكرة له عليها.

فصل: في تمليك الزوجة طلاقها بشرط أو على عوض أو إلى أجل:

وإن ملكها بشرط فوجد الشرط ملكت أمرها. ولو قال لها عند عقد النكاح: أمرك بيدك إن تزوجت عليك فتزوج عليها فطلقت نفسها ثلاثًا لم يكن له مناكرتها.

طلقة واحدة فالقول قوله مع يمينه، وإن لم تكن له نية ، فلها أن توقع ما شاءت من عدد الطلاق ولا مناكرة له عليها وإن ملكها بشرط فوجد الشرط ملكت أمرها).

ما ذكر أن له المناكرة إن ادعى نيّة.

قال المتيطي: هو المشهور المعمول به لمالك وأصحابه.

وقاله طائفة من أهل المدينة : القضاء ما قضت .

وقاله ابن أبي [سلمة][(١)] ، قال ابن شعبان[(٢)] : واختاره كثير من أصحابنا .

ويريد: إذا كان ذلك فورًا ، نَصّ عليه فيها[(٣)] وهو بين؛ لأن العادة تكذيبه في ذلك إذا لم يقم من الفور واحتمال كذبه قوي، ولقرائن الأحوال في هذا الباب مدخل عظيم.

وما ذكر من يمينه مثله فيها وهو متفق عليه ، صَرَّحَ به [ابن بشير][(٤)][(٥)].

وقال ابن عبد السلام: أصل يمينه من يمين التهم وهي مختلف فيها كما قد علمت.

قال مالك في سماع ابن القاسم : وإن رد اليمين عليها، فإنها لا تحلف؛ لأن النساء لا يحلفن في التمليك وهو متفق عليه.

قوله: (ولو قال لها عند عقد النكاح: أمرك بيدك إن تزوجت عليك، فتزوج عليها فطلقت نفسها ثلاثًا لم يكن له مناكرتها).

---

(١) في ب: مسلمة ، والمثبت هو الصواب، وهو عبد العزيز بن أبي سلمة .

(٢) «الزاهي» (ص/ ٤٦٤).

(٣) «المدونة» (٢/ ٢٧٤).

(٤) «التنبيه» (٢/ ٧١ أ).

(٥) في ب: ابن رشد .

فإن ملكها طائعًا غير مكره من غير شرط فله مناكرتها. وإن ملكها على عوض كان الطلاق بائنًا، وإن كان التمليك على غير عوض كان الطلاق رجعيًّا،

إنما لم يكن له مناكرتها؛ لأن قصدها بذلك البينونة وهي لا تبين هنا إلا بالثلاثة .

وذكر هذه المسألة فيها في «كتاب الأيمان بالطلاق» وزاد: بنى بها أو لم يبن ، وما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة .

وقيل:له المناكرة [كغيرها][1]، خرَّجه ابن رشد من سماع ابن القاسم في نحوه .

وقيل: له المناكرة إن [تضمنت][2] قبل البناء؛ لأنها تبين بالواحدة بخلاف المدخول بها وهو دليل سماع عيسى ابن القاسم.

وإذا فَرَّعْنَا على ما قال [اللخمي][3] فطلقت نفسها بعد البناء طلقة.

فقال ابن القاسم: تكون رجعية .

وقال [ابن سحنون][4]: بل تكون بائنة . قال اللخمي: وقول ابن القاسم خلاف معروف المذهب في التمليك بالثلاث أنها إن قضت بواحدة سقط ما بيدها.

وظاهر قول الشيخ: «عند عقد النكاح» أعم من أن يكون ذلك بطوعه أو بشرطها عليه وهو كذلك .

وقيل: إذا كان بطوعه له المناكرة، وعلى هذا عمل الموثقين.

وعليه فاختلف إذا كان الأمر على الإبهام ولم يقع تنصيص على أحد الوجهين:

فذهب ابن القصار إلى أن ذلك محمول على الطوع.

وذهب أبو الوليد وابن فتحون إلى أنه محمول على [أَنّ][5] النكاح انعقد على ذلك.

قوله: (وإن ملكها طائعًا من غير شرط فله مناكرتها، وإن ملكها على عوض كان الطلاق بائنًا.

وإن كان التمليك على غير عوض كان الطلاق رجعيًّا).

---

(١) في ب: لغيره .

(٢) في ب: قضت .

(٣) في ب: الشيخ .

(٤) في ب: سحنون .

(٥) سقط من أ .

وإن ملكها إلى أجل ملكت نفسها في الحال، وإن ملكها بصفة قد توجد وقد تفقد لم تملك نفسها في الحال حتى توجد الصفة.

يعني بقوله: «طائعًا» أي: بعد العقد ،وإنما شرحنا كلامه على ما ذكرناه لقولها: وإن تبرع بهذا الشرط بعد العقد فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة، ويحلف.

فظاهره: لو تبرع به في العقد أنه لا مناكرة له كالشرط.

قال أبو إبراهيم: ويقوم من قوله : «[ويحلف][(١)]» أن يمين الحالف إن كان متبرعًا على نيته وفيها خلاف وجعلها المغربي محل نظر، والأقرب عندي أنه لا يقوم منها ذلك؛ لأن الأصل أن القول قوله في المناكرة «ويمينه إنما هو يمين تهمة» يختلف في توجيهها كما تقدم.

قوله: (وإن ملكها إلى أجل ملكت نفسها في الحال، وإن ملكها بصفة قد توجد وقد تفقد لم تملك نفسها في الحال حتى توجد الصفة).

ما ذكره كرره بعد وهو قولها[(٢)]: «وإن قال لها : أمرك بيدك إذا جاء غد، فذلك وقت بخلاف قوله : « إذا قدم فلان » .

ويعارضها قولها في «كتاب إرخاء الستور» [(٣)]:

قال مالك وغيره: وأما إن قال لها: إذا كان غد فقد راجعتك لم تكن هذه رجعة. وهو محمول عند الأكثر على الإطلاق خلافًا لابن محرز في قوله- يعني: «الآن»- فكان المناسب على قولها هناكإبطال خيارها هنا.

وذكرته في درس شيخنا - حفظه الله- فلم يجبني عنه ، وأجابني عنه شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى - بأن النكاح يفسده الأجل والرجعة منه .

وما ذكر صواب ، وقد قال عبد الحق هناك: لأن ذلك كنكاح إلى أجل وهو لا يصح .

وما ذكره الشيخ هو المشهور .

وفي «**مختصر ما ليس في المختصر**»: من ملَّك امرأته أمرها أو رجلًا أجنبيًّا لأجل لا قضاء لواحد منهما حتى يأتي الأجل، وللزوج الوطء في الأجل .

---

(١) سقط من ب .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٩٥).

(٣) «المدونة» (٢/ ٢٧٣).

ولو قال لها وهي حامل: إذا وضعت فأمرك بيدك لم يثبت التمليك حتى تضع حملها. وقد قيل: تملك نفسها في الحال قبل أن تضع حملها. فإن قال لها: إنْ حملت فأمرك بيدك، فإن حملت ملكت أمرها، ولكنه يطؤها في كل طهر مرة؛ لأنها قد تحمل فتملك أمرها.

واختلف إذا وطئها قبل غد:

فقيل: يسقط حقها، قاله فيها، وهو المشهور .

وقيل: لا يسقط، قاله أصبغ.

قال اللخمي في قولها[1]: يريد إن كانت تعلم أن لها الخيار، وإن جهلت وترى أنه بيدها في الغد [لم][2] يسقط ما بيدها.

قوله: (**ولو قال لها وهي حامل : إذا وضعت فأمرك بيدك لم يثبت التمليك حتى تضع حملها ، وقد قيل : تملك نفسها في الحال قبل أن تضع حملها**).

هذه المسألة أصلها قولها في «كتاب الأيمان بالطلاق» :

وإن قال لها: إذا وضعت فأنت طالق طلقت مكانها.

وهذا هو القول الثاني من نقل الشيخ ،والقول الأول فيما ذكرناه هو لمالك وأشهب وغيرهما ، واختاره اللخمي للاختلاف في الطلاق إلى أجل لإمكان أن يكون ريحًا أو يموت قبل الوضع.

وعليه فاختلف إذا وضعت ولدًا وبقي في بطنها آخر .

فقيل: يجعل عليه الطلاق بناء على التحنيث بالأقل.

وقيل: يؤخر لوضعها الثاني ،والقولان لمالك ، والمعروف عنه هو الأول، وكلاهما لابن القاسم أيضًا.

قوله: (**فإن قال لها: إن حملت فأمرك بيدك تملك نفسها في الحال قبل أن تضع حملها، فإذا حملت ملكت أمرها، ولكنه يطؤها في كل طهر مرة؛ لأنها قد تحمل فتملك أمرها**).

قال فيها[3]: وإذا قال وهي غير حامل : إذا حملت فوضعت فأنت طالق فإن كان

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٦١).

(٢) سقط من أ، والمثبت من ب، و«التبصرة» للخمي .

(٣) «المدونة» (٢/ ٦٢).

فصل: حكم من تقوم بغير ما ملكها زوجها :

ولو ملّكها واحدة فطلقت نفسها ثلاث لزمته واحدة، ....

وطئها في ذلك الطهر طلقت عليه مكانها ، ولا ينتظر بها أن تضع ولا أن تحمل.

وكلامه يقتضي في صورة الشيخ: أنه إذا وطئها مرة أنه يكون أمرها بيدها .

وقال ابن الماجشون فيما ذكرناه: له وطؤها في كل طهر مرة حتى تحمل .

ومثله قول ابن القاسم في «عتقها الثاني»[١]: «من قال لأمته: إذا حملت فأنت حرة ووطئها في كل طهر مرة ما لم يثبت حملها»، وهذا القول [عليه اعتمد الشيوخ][٢].

وقال أشهب: له وطؤها حتى تحمل لا بقيد مرة في الطهر.

ابن يونس[٣]: والفرق عند ابن القاسم بين الأمة والحرة أنهم أجمعوا أنه لا يجوز الطلاق إلى أجل ويجوز العتق إليه.

قوله: (ولو ملكها واحدة فطلقت نفسها ثلاثًا لزمته واحدة).

ما ذكره أصله قولها في «كتاب التخيير»[٤]: «وإن قال لها: أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : قد شئت ثلاثًا، لزمته واحدة» .

وما ذكره هو المشهور.

وقيل: لا يلزمه شيء، رواه ابن القصار عن مالك ، ومثله لأصبغ في «كتاب ابن حبيب» ، هكذا عزاه اللخمي.

وكذلك اختلف إذا طلقت بالبتة على قولين ، والذي صَرَّحَ به مالك: أنه لا يلزمه شيء بناء على أنها لا تتبعض .

وهذه إحدى المسائل التي يقال فيها : هل أتى فيها بالمطلوب وزيادة أم لا؟

وثانيتها: من بجبهته قروح تمنعه السجود، فإنه يومئ .

قال أشهب: فإن سجد على أنفه فإنه يجزئه.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥١٥).

(٢) في ب: اعتمد الشيخ عليه .

(٣) «الجامع» (٤/ ٥٣٨).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٩٨).

ولو ملّكها ثلاثًا فطلقت نفسها واحدة لم يلزمها شيء ....

فقيل: خلاف.

وقيل: لا .

ومن غسل رأسه في الوضوء بدلًا من مسحه :

قال المغربي : ومنها من غسل خفه بدلًا من مسحه، وما ذكره لا أعرفه فيها نصًّا لغيره ، ولم يذكره ابن عبد السلام إلا بالإجزاء على الرأس وهو بعيد.

ومن تمادى بعد فري الأوداج والحلقوم حتى قطع الرأس:

فقيل: تؤكل .

وقيل: لا .

ومن جهر فيما يسر فيه فإنه يسجد بعد السلام، ولم أر خلافه ، ويمكن أن يتخرج قول بأنه يسجد قبل السلام من النظائر المذكورة، فتكون هذه من النظائر .

قوله: (**ولو ملكها ثلاثًا فطلقت نفسها واحدة لم يلزمه شيء**).

ما ذكره هو المنصوص، ويتخرج لزومه من قول ابن الماجشون: إذا طلقت المخيرة واحدة أنه يلزمه الثلاث كمن طلق بعض طلقة ويريد الشيخ ما لم يتبين منه الرضا بما أوقعت فيلزم ذلك.

ويقوم من كلام الشيخ: أن الحاضنة إذا رضيت بأخذ بعض الأولاد دون بعض فإنه ليس لها ذلك .

ووجه الإقامة: أنه جعل هذا الجزء من الجملة لا يستقل فيلزم اطراده.

وَخَرَّجَ شيخنا -حفظه الله تعالى- على ما بلغني فيها خلافًا من الخلاف فيما إذا بذل المديان بعض ما عليه وامتنع رب الدين ألا يأخذ إلا جميعه.

فقيل: يقضى عليه بأخذه .

وقيل: لا .

ومن الخلاف في المدعى عليه إذا طلب من المدعي أن يجمع دعاويه هل له ذلك أم لا؟

لوسقط تملكها بعدولِهَا إلى غير ما ملكها زوجها، فإن أرادت أن توقع بعد ذلك ما أراده زوجها لم يكن لها ذلك .

ولو ملكها أمرها فشرعت في غير ما ملكها من حديث أو شيء أو ما أشبه ذلك مما لا يتعلق بالتمليك سقط تملكها على اختلاف قوله في ذلك.

فصل: فيمن لم يترك لها زوجها وقتًا لقبول التمليك ومن تراخت عن قبول التمليك:

ولو ملكها أمرها وأسرع في القيام عنها قبل أن تقبل التمليك منه لم يسقط تمليكها. وإن جلس بعد ذلك قدر ما يمكنها أن تجيب فيه فلم تفعل حتى قامت أو قام سقط تملكها على اختلاف قوله فيها.

قوله: (ولو سقط تمليكها [بعدولها][1] إلى غير ما ملكها زوجها فإن أرادت أن توقع بعد ذلك ما أراده زوجها لم يكن ذلك لها).

ما ذكره هو الصحيح .

وقال أشهب: لها أن تقضي بالثلاث.

واختاره اللخمي؛ لأن ما تركت ما جعل لها مطلقًا ، وإنما تركته على شرط لزوم الواحدة فلما لم يحصل ذلك الشرط وجب ألا يحصل المشروط وهو ترك ما جعل بيدها.

قوله: (ولو ملكها أمرها فشرعت في غير ما ملكها من حديث أو مشي أو ما أشبه ذلك مما لا يتعلق بالتمليك لسقط تمليكها على اختلاف قوله في ذلك) .

القولان فيها[2]، وذكر فيها عامة النهار في لفظ السائل لا في الجواب ، نبه عليه بعض المختصرين.

وقبله عياض[3] ، وهو خلاف ما ذكر الباجي أنه من قول مالك.

قوله: (ولو ملكها أمرها وأسرع القيام عنها قبل أن تقبل التمليك منه لم يسقط تمليكها ، وإن جلس بعد ذلك قدر ما يمكنها أن تجيب فيه فلم تفعل حتى قامت أو قام زوجها سقط تمليكها على اختلاف قوله فيها).

---

(١) في ب: بعد وطئها .

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٨٢).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٨١٥).

فصل: فيمن مكنت زوجها من نفسها بعد تملكها، ومن أبطأت عليه:

وإن ملكها، ثم مكنته بعد التمليك من نفسها فوطئها أو باشرها سقط تملكها، ولها أن تمنعه نفسها بعدالتمليك حتى تنظر في أمرها، وإذا أبطأت المملكة على زوجها ومنعته نفسها بعد، ولم توقع الطلاق كان له مخاصمتها إلى الحاكم فيوقفها الحاكم ....

ما ذكره هو قولها[١]، وإن وثب حين ملكها يريد قطع ذلك عنها لم ينفعه.

وحدّ ذلك: إذا قعد معها قدر ما يرى الناس أنه يختار في مثله ولم يقم فرارًا.

ويقوم منها قول أشهب السابق في القائل لزوجته: أنت طالق إن فعلت كذا، ففعلته وقصدت تحنيثه أنه لا يحنث خلافًا لابن القاسم .

وذكرته في درس شيخنا -حفظه الله تعالى- فَسَلَّمَ ذلك.

ومثل قولها قول: «سلمها الثاني»[٢]: إذا كان رأس المال عرضًا أو طعامًا أو حيوانًا بعينه فتأخر قبضه الأيام الكثيرة أو الشهر أو إلى أجل لهروب أحدهما، فالبيع نافذ مع كراهته.

قوله: (ولو [ملكها ثم مكنته][٣] من نفسها فوطئها أو باشرها سقط تمليكها ولها أن تمنعه نفسها بعد التمليك حتى تنظر في أمرها، وإذا أبطأت المملكة على زوجها ومنعته نفسها ولم توقع الطلاق كان له مخاصمتها إلى الحاكم فيوقفها الحاكم).

لا مفهوم لقوله : «**فوطئها أو باشرها**» بل التمكين كاف ولو لم يطأها، وهو ظاهر قولها[٤]: «فإن أمكنته بعد العلم فلا خيار لها » ذكره في الأمة تعتق تحت عبد وإلا فرق .

ويريد الشيخ: إذا كان ذلك منها على طريق الطوع، وأما لو أكرهها فهي على

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٧٥)، و«التهذيب» (٢/ ٢٩١).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٦١).

(٣) في ب: مكتها ثم ملكته بعد التمليك .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٩٤).

ويأمرها أن توقع الطلاق أو تسقط التمليك، فإن أبت الأمرين أسقط الحاكم تملكها، ....

أمرها لتصريحها[١] بذلك .

قال اللخمي: إن اختلفا في الطوع والإكراه في القبلة صدقت بخلاف الوطء .

قلت: والأقرب عدم تصديقها فيهما وهي مدعية ، وأما عكس هذا وهو نقلها لقماشها، فإنه دليل على أنها اختارت نفسها.

لكن قال في «العتبية»[٢] عن مالك : إذا [قالت][٣] بعد أن خَمَّرَتْ رأسها ونقل ثيابها: لم [أرد][٤] به طلاقًا، فلا شيء عليها .

قوله: (ويأمرها أن توقع الطلاق أو تسقط التمليك فإن أبت الأمرين أسقط الحاكم تمليكها).

يعني: فورًا.

وخرَّج اللخمي: أنها تمهل ثلاثة أيام من أحد قولي مالك في الشفيع أنه يمهل كذلك.

ومن المصراة ومن الذي [يرى الحمل وهو الذي ينكره][٥]، له فسخه في ذلك بعد الوضع، ومن الذي اشترى سلعة بالخيار يمهل ويضرب له من الأجل بقدر ما يختاره في مثلها.

ورده بعض شيوخنا: بأن العصمة لا تقبل التأخير في احتمال حلها [كملزوميتها][٦] الخيار ، [شبهة][٧] نكاح المتعة .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٩٤).

(٢) انظر : «النوادر» (٥/ ٢٢٢) .

(٣) في ب: فاتت .

(٤) في ب: أر .

(٥) في أ: في الحمل وهو ينكره .

(٦) في ب: للزوميتها .

(٧) في أ: شهدت .

وإذا اختارت المملكة زوجها لم يلزمه الطلاق فيها وثبتت عنده على نكاحها.

❁ ❁ ❁

قوله: (وإذا اختارت المملكة زوجها لم يلزمه الطلاق وثبتت عنده على نكاحها)

ما ذكره واضح؛ لأنه إنما علق الحكم على ما برز منها ، و[يتخرج][(١)] عندي لزوم الطلاق من المشهور فيمن اشترى نخلة مثمرة أو ثمر نخلة من نخلات يختارها خلافًا للخمي.

وسبب الخلاف: من خيّر بين شيئين هل يعد متنقلًا أم لا؟ والفروج يحتاط لها كالربا، ويريد ما ذكرناه [مليًّا تبين من رواية النقاش][(٢)].

❁ ❁ ❁

---

(١) في أ : مخرج .

(٢) في ب: ما يأتي من رواية النفاس .

باب: في التخيير

فصل: تخيير الزوجة في الطلاق:

ومن خير امرأته فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثًا، وليس له مناكرتها وهو بخلاف تمليكها، وهذا إذا خيرها تخييرًا مطلقًا لم يقيده بعدد مخصوص، فأما إذا خيرها في عدد بعينه مثل واحدة أو اثنتين لم تكن لها الزيادة على ما جعله إليها.

باب: في التخيير

قوله: (ومن خير امرأته فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثًا، وليس له مناكرتها، وهو باختلاف تمليكها، وهذا إذا خيّرها تخييرًا مطلقًا لم يقيده بعدد مخصوص، فأما إذا خيرها في عدد بعينه مثل واحدة واثنين لم يكن لها الزيادة على ما جعله إليها).

اختلف في التخيير:

فقيل: يكره ككراهية إيقاع الثلاث، قاله بكر القاضي، وتشبيهه يقتضي أن الكراهة على التحريم، وهو مقتضى قول اللخمي: يمنع لمنع الزوج من إيقاع الثلاث، وتوكيله عليه، فإن فعل انتزعه الحاكم من يدها ما لم توقع الثلاث .

وقال أبو عمران: لا يكره له أن يخير زوجته، وإنما يكره ذلك للمرأة أن تطلق ثلاثًا.

فقيل له : إنما صار ذلك إليها بسببه ؟

فقال: ليس الذي يقصد البدعة كالذي لا يقصد إليها، وهو عندي ضعيف .

وما ذكر الشيخ أنه لا نكرة له، يريد: إلا أن تكون غير مدخول بها كما سيقوله، ويريد: وإن طلقت دون الثلاث فلا يلزمه شيء، وهذا هو قولها ، وهذا هو المشهور .

وقيل: يلزم فيه الطلاق الثلاث وإن طلقت واحدة في مدخول بها وغيرها، قاله عبد الملك.

وقيل: لا يلزم إلا واحدة بائنة. قاله مالك . وقيل: له المناكرة والطلقة رجعية ، وهو ظاهر قول الشيخ سحنون.

وقيل: مثله إلا أن الطلقة بائنة، قاله ابن الجهم .

وإن كانت غير مدخول بها وقد خيرها فله مناكرتها في الزيادة على واحدة؛ لأنها تبين في الحال بها.

فصل: في التخيير المعلق بأجل أو شرط:

ولو قال لها: أمرك بيدك غدًا، ملكت أمرها من ساعتها، وكذلك إن قال: بعد شهر أو سنة. فإن قال لها: إن دخلت الدار فأمرك بيدك، فلا يكون أمرها بيدها حتى تدخل الدار؛ لأنها صفة قد تكون وقد لا تكون، وقد تقدم ذكرها. فإن قال لها: إذا حضت فأمرك بيدك، ملكت في الحال أمرها قبل حيضتها،

فتحصل خمسة أقوال.

وظاهر كلامه: لو اختارت زوجها أنه لا يلزمه شيء، وهو كذلك .

وقيل: يلزمه طلقة بائنة . حكاه النقاش عن مالك.

قوله: (**وإن كانت غير مدخول بها وقد خيرها فله مناكرتها في الزيادة على واحدة؛ لأنها تبين في الحال بها**).

يقوم من تعليله: أن له المناكرة في المدخول بها إذا أعطته شيئًا على أن يخيرها ففعل لبينونتها بالواحدة ، وهو كذلك ، قاله سحنون وابن المواز .

وقيل: لا، قاله مالك.

قوله: (**ولو قال لها : أمرك بيدك غدًا ملكت أمرها [من ساعتها]**[(١)].

وكذلك إن قال: بعد شهر أو سنة ، وإن قال لها: إن دخلت الدار فأمرك بيدك ، فلا يكون أمرها بيدها حتى تدخل الدار لأنها صفة قد تكون وقد لا تكون ، وقد تقدم ذكرها).

سبق ما يغني عنه وعما يليه .

ولا مفهوم لقوله: «**شهر أو سنة**» ، وإنما يختلف إذا قال لها: بعد مائة سنة ، ونحوها على الخلاف فيما إذا قال لها مثل ذلك في الطلاق .

قوله: (**فإن قال لها إذا حضت فأمرك بيدك ملكت في الحال أمرها قبل حيضتها ،**

---

(١) في ب: في الحال .

وكان لها أن تطلق نفسها لتعليقه الطلاق بصفة لابد من كونها في العادة.

❁ ❁ ❁

وكان لها أن تطلق نفسها لتعليقه الطلاق بصفة لا بد من كونها في العادة).

تسامح الشيخ في قوله: «**لابد**» وإنما هو الغالب.

ويتخرج: أنها لا تملك أمرها في الحال من قول أشهب وعبد الملك فيما إذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق أنه لا يعجل عليه لاحتمال ألا تحيض.

وكذلك قالا فيما إذا قال: إن طهرت فأنت طالق، وَضَعَّفَه ابن رشد[1] [بأن الطهر][2] أتى على كل حال إما حسًّا، وإما حكمًا.

❁ ❁ ❁

---

(١) «البيان» (٥/ ٣٧١).

(٢) في ب: فإن القول.

باب: الإيلاء وطلاقه وأحكامه

فصل: في صفة الإيلاء:

والإيلاء: أن يحلف الرجل بالله تعالى: ألا يطأ امرأته أكثر من أربعة أشهر.

ولكل زوجة حق في الإيلاء حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو كتابية، حرًّا كان زوجها أو عبدًا، ....

باب: الإيلاء وطلاقه وأحكامه

قوله: (**قال مالك: والإيلاء: أن يحلف الرجل على امرأته بالله تعالى لا يطأها أكثر من أربعة أشهر ولكل زوجة حق في الإيلاء حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو كتابية حرًّا كان زوجهاأو عبدًا**).

يدخل في كلامه الصغيرة إلا أنه لا يؤجل حتى يمكن وطؤها، وَصَرَّحَ بذلك فيها[1].

[ويدخل فيه أيضًا المطلقة طلاقًا رجعيًّا؛ لأنها زوجت بدليل التوارث وغيره وهو كذلك][2].

واستشكله بعضهم بناء على أن الرجعية محرمة الوطء.

وأجيب: بأن حلفه على عدم الوطء قرينة في إرادة الارتجاع.

لا مفهوم لقوله: «**أن يحلف بالله**» لما يقوله بعد، وكأنه قصد بكلامه ذكر الحد له ولا شك في قصوره.

قال ابن الحاجب[3]: الإيلاء: الحلف بيمين يتضمن ترك وطء الزوجة غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر، والعبد أكثر من شهرين يلزم بالحنث فيها حكمًا.

وأراد بقوله: «**ترك**» ما يكون ممكنًا فتخرج الصغيرة التي لا يوطأ مثلها.

وتحرّز بقوله «غير المرضعة» من الحلف بترك وطء المرضع حتى تفطم ولدها، فإنه ليس بإيلاء عند ابن القاسم خلافًا لأصبغ.

واعترض[4]: بأنه كان يجب عليه يتحرز أيضًا من المريض، فإنه لو حلف ألا يطأ

---

(١) «المدونة» (٢/ ٣٥١).

(٢) سقط من ب.

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٠٦).

(٤) انظر هذا الاعتراض في «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٠٢).

ومن حلف ألا يطأ امرأته أربعة أشهر أو ما دونها، لم يكن لها مطالبته بشيء، لكنه إن وطئها قبل الأجل حنث في يمينه، ولزمته الكفارة. وأجل المولي من يوم حلف لا من يوم تخاصمه زوجته.

حتى يبرأ، فإنه ليس يصول وفيه خلاف.

ويجاب: بأن كلامه دَلَّ عليه من باب أحرى.

ونوقش أيضًا ، فإن ظاهره يقتضي أنه لا يلزم حتى يقيد بأربعة أشهر والمذهب لا يلزم في التأبيد والإطلاق .

وأجيب: بأن التأبيد لا يرد عليه؛ لأنه أكثر من أربعة أشهر.

وأما الإطلاق فهو محتمل للتأبيد وعدمه، وفيه نظر.

وتحرز بقوله : «**يلزم بالحنث فيها حكمًا**» من حلفه بالرسول والكعبة ونحوهما.

ومن قوله: هو يهودي ونحوه إن وطئها.

قوله: (ومن حلف ألا يطأ امرأته أربعة أشهر فما دونها لم تكن لها مطالبته بشيء لكنه إن وطئها قبل الأجل حنث في يمينه ، ولزمته كفارتها).

ما ذكره هو المشهور .

وعن مالك: أنه يكون مؤليًا لحلفه على أربعة أشهر.

وظاهر كلام الشيخ: اعتبار مطلق الزيادة ولو بيوم ،وهو كذلك،قاله أبو عمران .

وقيل: لا يكون موليا في اليوم إلا في زيادة مؤثرة .

[قال][1] **عبد الوهاب**[2]: وقيل: لا يكون [مؤليًا][3] في زيادة مثل أجل التلوم فيه ، وإنما يكون مؤليًا بما زاد ، حكاه عياض[4].

قوله: (وأجل المؤلي من يوم حلف لا من يوم تخاصمه زوجته، وإذا آلى الرجل من

---

(١) في ب: قاله .

(٢) «الإشراف» (٢/ ٧٦٠).

(٣) سقط من ب.

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٨٥٥).

فصل: في فيئة المُولِي:

وإذا آلى الرجل من امرأته أكثر من أربعة أشهر فهي بالخيار، إن شاءت خاصمته وإن شاءت تركته، فإن رفعته إلى الحاكم أجله أربعة أشهر، ثم أمره بالفيئة، فإن فاء حنث في يمينه وسقطت الخصومة عنه، وإن أبى أن يفيء أمره بالطلاق، فإن أبى أن يطلق، طلق الحاكم عليه تطليقة واحدة..........

امرأته أكثر من أربعة أشهر فهي بالخيار، إن شاءت خاصمته وإن شاءت تركته، فإن رفعته إلى الحاكم أجله أربعة أشهر).

يعني: في صريحه، وأما وجهه فأجله من يوم الرفع لقولها[1]: «إن قال: إن لم أفعل، أو لأفعلن كذا فأنت طالق، فهو على حنث ولا يطأ، وإن رفعته [ضربت][2] له الأجل من يوم رفعته» وهذه أحد الأمكنة التي فرق فيها بين الصريح والكناية.

وثانيها: صريح الظهار إذا نوى به الطلاق لا ينصرف إليه بخلاف كنايته.

وثالثها: صريح الشغار ووجهه، فصريحه يُفسخ مطلقًا، ووجهه يُفسخ قبل البناء فقط.

ووجه ذلك: أن وجه الشغار أشبه صريحه من حيثية الشرط، ولم يشبهه في كل الوجوه لدخول الصداق، فسمي وجهًا وفسخ قبل البناء [توسيطًا، ومنه فهم][3] المثالين الآخرين، وإليك النظر في بقية الأمكنة.

قوله: **(ثم أمره بالفيئة، فإن فاء حنث في يمينه وسقطت [الخصومة][4] عنه، وإن أبى أن يفيء أمره بالطلاق، فإن أبى أن يطلق طلقها الحاكم عليه طلقةً واحدةً).**

قال فيها[5]: «لا يفيء إلا بالجماع إن لم يكن له عذر، لا بالجماع بين الفخذين».

قال ابن عبد السلام: وهو مشكل في النظر، ألا ترى أن الكفارة تلزم بالوطء بين الفخذين إذا لم تكن له نية في الفرج.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣١٩).

(٢) في ب: ضرب.

(٣) في ب: توسطًا ومنه تفهم.

(٤) في ب: الحكومة.

(٥) «المدونة» (٢/ ٣٤٦).

وكانت له الرجعة، إن فاء في العدة.

فإن ارتجعها ولم يفئ من إيلائه حتى انقضت عدتها سقطت رجعته، إلا أن يكون له عذر في فيئه، فيكفر عن يمينه إن كانت يمينًا تكفر، وصحت رجعته، وإن انقضت عدتها قبل وطئه إياها. واليمين بالله تعالى، وبالطلاق، وبالعتاق، والصيام، والصدقة وغير ذلك من الأيمان في الإيلاء بمنزلة واحدة.

فصل: فيمن حلف بطلاق إحدى زوجتيه ألا يطأ الأخرى:

ومن كانت له امرأتان فحلف بطلاق إحداهما ألا يطأ الأخرى، فماتت المحلوف بطلاقها سقط الإيلاء عنه. ولو طلقها واحدة أو ثنتين، ثم عاد فنكحها عاد الإيلاء عليه..

قال ابن شاس(١): الفيئة بمغيب الحشفة في القُبل إن كانت ثيبًا، والافتضاض إن كانت بكرًا.

واستشكله بعض شيوخنا(٢): بأن غيبة الحشفة كاف لاستلزامه الافتضاض.

وقال ابن عبد السلام: قد يقال: يكفي أقل من مغيب الحشفة بناءً على أصل المذهب في التحنيث بالأقل.

قوله: (وكانت له الرجعة إن فاء في العدة، فإن ارتجعها ولم يفئ من إيلائه حتى انقضت عدتها سقطت رجعته، إلا أن يكون له عذر في فيئه، فيكفر عن يمينه إن كانت يمينًا تُكفَّر وتصح رجعته، وإن انقضت عدتها قبل وطئه إياها، واليمين بالله تعالى اسمه وبالطلاق والعتاق والصيام والصدقة وغير ذلك من الأيمان في الإيلاء بمنزلة واحدة، ومَن كانت له امرأتان فحلف بطلاق واحد ألا يطأ الأخرى فماتت المحلوف بطلاقها، سقط الإيلاء عنه، ولو طلقها واحدةً أو اثنتين ثم عاد فنكحها عاد الإيلاء عليه).

هذا أحد الموضعين الذي طلاق الحاكم فيه رجعي.

---

(١) «عقد الجواهر» (٢/ ٥٤٩).

(٢) انظر: «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٢٩، ٣٣٠).

ولو طلقها ثلاثًا، ثم نكحها بعد زوج لم يعد الإيلاء عليه.

فصل: فيمن حلف بعتق عبده ألا يطأ زوجته:

ولو كان له عبد فحلف بعتقه ألا يطأ امرأته، فمات العبد سقط الإيلاء عنه، ولو باعه سقط الإيلاء عنه أيضًا،ولو عاد فاشتراه عاد الإيلاء إليه ولو ورثه بعد

والثاني: المعسر بالنفقة، والمعروف في طلاق ذي العيب أنه بائن.

واختار التونسي أنه رجعي، ونحوه لابن القاسم.

واختلف إذا حلف بطلاق زوجته أنه لا يصيبها إلى سنة فطلق عليه بالإيلاء ثم ارتجع ولم يصب، ورضيت الزوجة بذلك.

فأجاز ذلك ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في «الواضحة»؛ لأن لها أن يقيم بلا وطء إلى أن انقضاء السنة.

وقال سحنون في «السليمانية»: لا تصح رجعة إلا بالوطء؛ لأن الرجعة من حدود الله.

قوله: (ولو طلقها ثلاثًا ثم نكحها بعد زوج لم يعد الإيلاء عليه، ولو حلف بعتق عبده ألَّا يطأ امرأته، فمات العبد سقط عنه الإيلاء، ولو باعه سقط عنه الإيلاء).

قوة كلامه تقتضي: أنه إنما راعى انقطاع الملك، وزوال اليمين في المحلوف بها لا في المحلوف عليها، وهو نص إيلائها، وهو الصحيح، خلاف ما في «كتاب الأيمان» بالطلاق منها من تسويته بين المحلوف بها والمحلوف عليها في أن طلاق الثلاث يزيل الإيلاء ويسقط حكم اليمين.

وأَوَّلُ مَن عارض بين [الكاتبين][(١)] عياض- فيما قد علمت- وتابعه غير واحد كالمغربي وابن عبد السلام وابن هارون، وَفَرَّقَ بعض شيوخنا بينهما، فانظره في «مختصره»[(٢)].

قوله: (ولو عاد فاشتراه عاد الإيلاء، ولو ورثه بعد بيعه له لم يعد الإيلاء عليه، ولو

---

(١) في أ: الكنايتين .

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ١١٩) .

بيعه لم يعد الإيلاء عليه، ولو وهب له فقبله عاد الإيلاء عليه. وكذلك لو حلف بعتق عبد له بعينه، فمات العبد قبل وطئه سقط الإيلاء. وإن حلف بعتق عبد مطلق، فاشترى عبدًا فأعتقه لم يسقط الإيلاء عنه في رواية ابن عبد الحكم، وقال ابن القاسم: يسقط الإيلاء عنه، واعتبره بكفارة اليمين بالله تعالى، وجواز إيقاعها قبل الحنث فيها.

وهب له فقبله عاد الإيلاء عليه، وكذلك لو حلف بعتق عبد بعينه فمات العبد قبل وطئه سقط الإيلاء).

ما ذكر أنه إذا اشتراه يعود عليه الإيلاء هو قولها وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: إنه لا يعود عليه.

وقال اللخمي: لا أرى عليه شيئًا إذا عاد إليه بعد أن تداولته الأملاك، أو كان البائع والمشتري من أهل الدِّين والفضل أو أحدهما، ولا يعود اليمين مع صحة البيع، وإنما يعود إذا اتهمها أن يكون ذريعةً ولم يتداوله الأملاك.

واختلف إذا بيع في تفليس ثم اشتراه:

فقيل: لا يعود عليه اليمين.

وقيل: يعود، قاله ابن القاسم.

قوله: (**وإن حلف بعتق عبد مطلق فاشترى عبدًا فأعتقه، لم يسقط الإيلاء عنه في رواية ابن عبد الحكم.**

وقال ابن القاسم: يسقط الإيلاء عنه، واعتبره بكفارة اليمين بالله تعالى، وجواز إيقاعها قبل الحنث فيها).

في كلام الشيخ قصور؛ لأن ظاهره: أن القول الثاني لم يقف عليه لمالك، وليس كذلك بل كلاهما عنه، والأول هو فيها في «كتاب الأيمان والنذور».

وظاهر كلام الشيخ: أنه لو كانت الرقبة معينةً، فإنه لا يختلف في إسقاط الإيلاء عنه.

فصل: فيمن امتنع من وطء زوجته بغير يمين حلفها:

ومن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها وأراد بذلك الإضرار بها، أمر بإزالة الضرر عنها مرة بعد أخرى، فإذا أقام على الامتناع من ذلك فرق بينه وبينها لغير أجل يضرب له فيها. وقد قيل: يضرب له أجل أربعة أشهر كالحالف المولي منها.

فصل: في وقف الحاكم للمولي:

ولا يلزم المولي طلاق بمضي أجله قبل وقف الحاكم له. وإذا وقفه الحاكم بعد أجله فأجاب إلى الفيئة ولم يفعلها، وتكرر ذلك منه مرة بعد أخرى، فإذا

قوله: (ومَن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها، وأراد الإضرار بها، أمر بإزالة الضرر عنها مرةً بعد أخرى، فإذا أقام على امتناعه من ذلك فُرق بينه وبينها بغير أجل يُضرب له فيها، وقد قيل: يُضرب له الأجل أربعة أشهر كالحالف المولي منها).

ما ذكر أنه يطلق عليه هو المعروف.

وحكى ابن شاس[١] قولًا: إنه لا [طلاق][٢] عليه.

قال بعض شيوخنا[٣]: ولا أعرفه.

وما ذكر من القولين كلاهما عن مالك، والأول منهما هو قوله فيها، ومَن ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك فإما وطء أو طلق، فحمله ابن هارون على أنه من غير ضرب أجل وهو الصواب، وحمله ابن يونس على الرواية الأخرى فقال: يريد وله مقدار أجل الإيلاء فأكثر؛ إذ لو حلف على أجل الإيلاء لم يطلق عليه، فكيف إذا ترك من غير يمين.

قوله: (ولا يلزم المولي طلاق بمضي أجله قبل وقف الحاكم له، فإذا وقفه الحاكم بعد أجله فأجاب إلى الفيئة ولم يفعلها وتكرر ذلك منه مرة بعد أخرى، فإذا تبين ضرره

---

(١) «عقد الجواهر» (٢/ ٥٣٦).

(٢) في ب: يطلق.

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٣٠).

تبين ضرره فرق الحاكم بينه وبين امرأته.

وقد قيل: يؤجل في الابتداء بمقدار أجل العدة، فإن فاء في أضعاف ذلك سقط الإيلاء عنه، وإن لم يفئ حتى مضى ذلك الأجل، لزمه الطلاق البائن بمضيه، ولم ينتظر فيئته بعد.

فصل: في الامتناع عن الوطء بعذر:

ومن امتنع من وطء امرأته بعذر من مرض أو حبس أو سفر أو عجز عن ذلك بِكِبَر فلا شيء لها عليه، ولا مطالبة بينهما.

فرق الحاكم بينه وبين امرأته.

وقد قيل: يؤجل في الابتداء بمقدار أجل العدة، فإن فاء في أضعاف ذلك سقط الإيلاء عنه، وإن لم يفئ حتى مضى ذلك الأجل لزمه الطلاق البائن بمضيه ولم تُنتظر فيئته بعد).

بالقول الأول قال جميع أصحاب مالك، وبالثاني قال مالك، رواه عنه أشهب وابن نافع وعبد الملك.

ومفهوم قول الشيخ: «**فأجاب**»: يقتضي أنه لو أبى من الفيئة فإنه يطلق ناجزًا، وهو كذلك عند الأكثر.

وفي مختصر ابن عبد الحكم: يؤجَل ثلاثة أيام لذلك.

قوله: (ومَن امتنع من وطء امرأته بعذر من مرض أو حبس أو سفر، أو عجز عن ذلك لكبر، فلا شيء لها عليه، ولا مطالبة بينها وبينه).

يريد: إذا سبق منه وطء؛ لقولها[(١)]: «ومَن تزوج امرأة بكرًا أو ثيبًا فوطئها مرة ثم حدث له ما منعه الوطء، وعلم أنه لم [يترك][(٢)] ذلك وهو يقدر عليه ولا يمين عليه، فلا يفرق بينه وبينها أبدًا».

والصواب عندي قول الشافعي: إنه يقع الفراق بذلك؛ لأن الوطء حق من

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٢٦).

(٢) في أ: ينكر، والمثبت لفظ «التهذيب».

فصل: فيمن أطال الغيبة عن زوجته:

وإذا أطال المسافر الغيبة عن زوجته مختارًا لذلك وكرهت امرأته غيبته، أمر بالقدوم إليها أو نقلها إليه، فإن امتنع من ذلك أمر بفراقها، فإن أبى فرق الحاكم بينه وبينها.

فصل: في الامتناع عن وطء الإماء وإيلاء العبد:

ولا إيلاء فيما ملكت اليمين ولا حق لهن في ذلك، وسواء امتنع من وطء إمائه بيمين أو بغير يمين.

حقوقها، فإذا عجز الزوج [عنه](١) كان لها الفراق به كالنفقة والكسوة.

واعلم أن إيلاء المريض لازم إذا لم [يقيد](٢) بمدة مرضه وإلا فلا.

وقال ابن عبد السلام: خالف في إيلاء المريض بعض الشيوخ، ورأى بعضهم أنه إن كان عاجزًا عن الجماع، فلا معنى لانعقاد اليمين في ذلك؛ لأنه لو آلى صحيح، ثم مرض [لما](٣) طلبه بالفيئة بالجماع.

قال بعض شيوخنا(٤): فظاهره وجود الخلاف فيه ولا أعرفه، ومعنى قول مَن أسقطه: إنما هو إذا قيد يمينه بمدة مرضه حسبما نص عليه ابن الجلاب.

[**قلت**: لم أجده له](٥).

قوله: (وإذا أطال المسافر الغيبة عن امرأته مختارًا لذلك وكرهت امرأته غيبته، أُمر بالقدوم إليها أو نقلتها إليه، فإن امتنع من ذلك أُمر بفراقها، فإن أبى فرَّق الحاكم بينه وبينها، ولا إيلاء فيما ملكت اليمين من الإماء ولاحق لهن في ذلك، وسواء امتنع من وطء إمائه بيمين أو غير يمين).

---

(١) في أ: عليه .

(٢) في ب: يقيده .

(٣) في أ: بما .

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٠٩) .

(٥) سقط من ب.

وأجل العبد في الإيلاء شهران، نصف أجل الحر.

❁ ❁ ❁

يريد **«بنقلها إليه»** : إذا كانت الطريق مأمونة، وتمشية الأحكام الشرعية في البلد المنقول إليها حسبما قدمناه.

قوله: (وأجل العبد في الإيلاء شهران نصف أجل الحُر).

ما ذكره نصها[1] ، وهو المشهور.

وقيل: كالحُر.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٦٨).

باب: الظهار وكفارته وأحكامه

فصل: في صفة الظهار:

والظهار: يمين تكفر، ....

باب: الظهار

قوله: (**قال: والظهار يمين تكفر**).

ابن الحاجب[١]: الظهار: تشبيه مَن يجوز وطؤها بمن يحرم.

واعترضه بعض شيوخنا[٢]: بأنه غير مانع بقولها[٣]: «مَن قال لامرأته: أنتِ عليَّ كفلانة الأجنبية فهي البتات.

وبأنه غير جامع؛ لأن مَن قال لامرأته: أنتِ عليَّ كرأس أمي -مثلًا- أنه يلزمه الظهار؛ لأن كلامه يقتضي تشبيه الجملة.

وما ذكر الشيخ مثله في «المبسوط»، والمراد: بعد الوقوع.

وأما ابتداءً فهو حرام.

قاله عبد الوهاب[٤]: ونحوه رواية ابن شعبان[٥] بتأديبه ولا يختلف فيه.

وذكر بعضهم: أنه دخل مسجد الشيخ أبي الفضل الجوهري فوجده والخلق محدقون به وهو يتكلم، فكان من قوله: طَلّق رسول الله ﷺ، وآلى، وظاهر فلم يقل أحد شيئًا، وأنكرت في نفسي صدور الظهار منه ﷺ؛ لأنه منكر من القول وزور على ما صَرَّحَ به القرآن، ويستحيل صدور ما هذا صفته من رسول الله ﷺ، فلما انفض المجلس تبعت الشيخ لمنزله وقلت له: سمعتك تذكر صدور الطلاق والإيلاء والظهار من رسول الله ﷺ، فأما الطلاق والإيلاء فنعم، وأما الظهار فلا،

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٠٨).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٤٤).

(٣) «المدونة» (٢/ ٣٠٧)، و«التهذيب» (٢/ ٢٥٨).

(٤) «الإشراف» (٢/ ٧٦٧)، و«المعونة» (٢/ ٨٨٨).

(٥) «الزاهي» (ص/ ٤٧٦).

وإذا قال الرجل لامرأته: أنت عَلَي كظهر أمي أو ابنتي أو أختي أو واحدة من ذوات محارمه، فهو مظاهر عليه الكفارة. وإذا قال: أنت عَلَي كظهر امرأة أجنبية فهو مظاهر عند مالك يرحمه الله، وقال عبد الملك: مطلق.

وذكرت الآية فصوّب قولي، فلما كان من الغد أتيت وقد امتلأ المجلس بأهله والشيخ يتكلم على [منبره][1]، فلما رآني قال: أوسعوا لمعلمي أوسعوا، وأمرني بالدخول فدخلت وأدركني حشمة عظيمة حتى حصلت بإزائه، فقال: إني قد قلت لكم أمس: طلّق رسول الله ﷺ وآلى وظاهر، فلم يقل أحد منكم شيئًا، وإن هذا أتاني وقال لي: كذا، وكذا وذكر كلامي، وأخذ في الاستغفار مما قاله مما لا يليق صدوره من سيد المرسلين ﷺ.

قوله: (فإذا قال لامرأته: أنتِ عليَّ كظهر أمي أو ابنتي أو أختي، أو واحدةً من ذوات محارمه، فهو ظهار وعليه الكفارة).

ما ذكره هو قولها[2]، وهو تشبيه جملة ببعض.

ابن يونس[3]: وهو صريح الظهار.

قوله: (وإذا قال: أنتِ عليَّ كظهر امرأة أجنبية، فهو مظاهر عند مالك، وقال عبد الملك: هو مطلق).

القولان فيها[4]، وعَبَّرَ عن عبد الملك بـ«قال غيره»، وفسره به ابن أبي زمنين، وحمله هو وفضل وابن رشد على الخلاف، لكن اختلف في كيفية حمله:

فقيل: هو مخالف مطلقًا وأنه لزمه بهذا اللفظ الطلاق ولو قصد به الظهار، وهو اختيار ابن رشد[5].

وقيل: إن معنى لزوم الطلاق [هو إذا نوى الطلاق أو][6] لم تكن له نية في

(١) في ب: منبر له.

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٠٧)، و«التهذيب» (٢/ ٢٥٧).

(٣) «الجامع» (٤/ ٥٨٧).

(٤) «المدونة» (٢/ ٣٠٧)، و«التهذيب» (٢/ ٢٥٧).

(٥) «البيان» (٥/ ١٨٤).

(٦) سقط من ب.

ولو قال لها: أنت عَلَيّ كظهر أبي كان مظاهرًا، ولو قال لها: أنت علي كظهر زيد أو كظهر الدابة كان مظاهرًا.

ولو قال لها: أنت علي كأمي أو مثل أمي، أراد بذلك الظهار، كانت له نية أو لم تكن له نية في ظهار ولا طلاق، كان مظاهرًا. ولو أراد بذلك الطلاق كان مطلقًا البتة.

الظهار ولا في الطلاق، وأما إن قال: أردت بذلك الظهار، فإن الظهار يلزمه إن تزوجها بعد زوج، فيؤخذ بالطلاق لقوله، وأما الظهار بنيته.

قوله: (**ولو قال لها: [أنت عليّ كظهر أبي]**[1] **كان مظاهرًا، أو لو قال لها: أنت عليّ كظهر زيد أو كظهر الدابة كان مظاهرًا**).

لا خصوصية لما ذكره،بل وكذلك لو قال:كظهر غلامي،وما ذكره قول ابن القاسم.

وقيل: هو طلاق.

وقيل: ليس بظهار ولا طلاق، قاله ابن حبيب، ولو قال: كأبي أو غلامي فقال ابن القاسم: تحريم، وأحرى ألا يلزمه فيها شيء على قول ابن حبيب.

قوله: (**ولو قال لها: أنتِ عليّ كأمي أو مثل أمي وأراد الظهار بذلك، كانت له نية أو لم تكن له نية في ظهار ولا طلاق كان مظاهرًا، ولو أراد بذلك الطلاق كان مطلقًا البتة**).

ما ذكره إذا لم تكن له نية هو الصحيح.

وقال عبد الوهاب[2]: طلاق.

قال فيها[3]: «وإن قال: أنت علي حرام مثل أمي فهو ظهار؛ لأنه جعل للحرام مخرجًا حين قال: مثل أمي».

وأقام المغربي منها: أن مَن قال: «الأيمان تلزمه» و«امرأته طالق إن فعل كذا» ففعله

---

(١) في ب: أنت طالق عليّ كظهر أمي أو أخي.

(٢) «المعونة» (١/ ٨٨٩).

(٣) «المدونة» (٢/ ٣١٠)، و«التهذيب» (٢/ ٢٥٩).

ولا ينصرف صريح الظهار بالنية إلى الطلاق،..........

إنه يلزمه [طلقة][(١)]؛ لأنه جعل الأيمان تلزمه مخرجًا بقوله: وامرأته طالق.

ورده بعض شيوخنا بوجهين:

أحدهما: أن العطف يقتضي المغايرة بخلاف عدم العطف، فالنسق [به][(٢)] وإرادة البيان ظاهرًا.

الثاني: أن الطلاق هو أحد أفراد الأيمان تلزمه، فكأنه قال: أنت طالق. ثلاثة وواحدة.

ولو قال: أنت علي أحرم مني:

فقيل: هو ظهار ما لم يرد به الطلاق، قاله مالك.

وقيل: إنها البتة، وكلاهما لابن القاسم.

قوله: (**ولا ينصرف صريح الظهار بالنية إلى الطلاق وكنايته جميعًا**).

ما ذكره هو قول ابن عبد الحكم، وهو ظاهرها وأحد الأقوال الخمسة.

وقيل: يلزمه الطلاق الثلاث، ولا ينفعه أنه أراد واحدةً، قاله ابن القاسم.

وقيل: يُقبل منه ما نوى.

وقيل: يلزمه الظهار والطلاق معًا.

وقيل: بعكسه فيسقطان.

وكلاهما خَرَّجَه اللخمي من مسألة ناصح ومرزوق قائلًا: وهذا الخلاف إنما هو إذا كان يعلم حكم الظهار، وأما إن كان يجهله ونوى به الطلاق فإنه [لا يلزمه إلا الظهار][(٣)]؛ وفي مثل هذا نزل القرآن، وقد كان الظهار عندهم طلاقًا، فأنزل الله عز وجل الكفارة.

---

(١) في أ: طلاقه.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: لا يلزمه الظهار.

وكذلك صريح الطلاق وكناية جميعًا لا ينصرفان بالنية إلى الظهار. وكناية الظهار خاصة تنصرف بالنية إلى الطلاق.

فصل: في الظهار من نساء عدة:

وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي عَلَي كظهر أمي، لزمته الكفارة في الظهار وهو في ذلك بخلاف الطلاق؛ لأن تحريم الظهار ينحل بالكفارة، وتحريم الطلاق لا يَنْحَل بها.

قوله: (وكذلك صريح الطلاق وكنايته جميعًا لا ينصرفان بالنية إلى الظهار، وكناية الظهار خاصةً تنصرف بالنية إلى الطلاق).

لا معنى لقوله: «وكذلك صريح الطلاق»، فإنه حشو لما قبله.

قال فيها[١]: «وإن قال: أنت علي حرام، ولم يقل: كأمي كان البتات».

وظاهره: وإن قال: أردت بالتحريم الظهار، وهو نص «كتاب التخيير والتمليك» منها.

وقال سحنون: يصدق ويلزمه الظهار.

وقال يحيى بن عمر: يلزمه الطلاق، فإن تزوج لزمه الظهار، والأول منها هو الذي دل عليه كلام الشيخ؛ لأن «أنت عليّ حرام» من كنايات الطلاق الظاهرة، وكلامه أعم من الظاهرة والخفية.

قوله: (وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي، لزمته الكفارة وهو في ذلك بخلاف الطلاق ، ولأن تحريم الظهار [يتحلل][٢] بالكفارة، وتحريم الطلاق لا [يتحلل][٣]).

يريد بقوله: «لزمته الكفارة» أي: كفارة واحدة.

صَرَّحَ بذلك فيها[٤]، وهذا هو المشهور.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٨١)، و«التهذيب» (٢/ ٣٠٣).

(٢،٣) في ب: ينحل .

(٤) «المدونة» (٢/ ٣١٢)، و«التهذيب» (٢/ ٢٦٣، ٢٦٤).

ولو قال لأربع نسوة له: أنتن عَلَي كظهر أمي: لزمه في جماعتهن كفارة واحدة، ولا يجوز له وطء واحدة منهن حتى يُكَفر، فإذا كفر جاز له أن يطأهن أو من شاء منهن.

ولو قال لإحدى نسائه: أنت علي كظهر أمي، ثم قال: وفلانة أيضًا لامرأة غيرها من نسائه عَلَي كذلك، وجبت عليه كفارتان.

وقيل: إن عليه لكل امرأة يتزوجها كفارة، قاله ابن نافع، وحكاه ابن حارث، ووقع مثله في «العشرة» ليحيى عن ابن القاسم: وروى أشهب أن مالك قاله مرة واختاره ابن رشد[1].

وما ذكره في الطلاق هو المنصوص، وخرَّج بعضهم لزومه من الخلاف فيمن قال: «كل بكر أتزوجها طالق»، ثم قال: «وكل ثيب أتزوجها طالق»:

فقد قيل: يلزمه فيهما.

وقيل: لا.

وقيل: يلزمه في الأولى لا في الثانية.

قال ابن بشير: وردَّ بأن العموم المقصود أشد من عموم «آل» الأمر إليه.

قوله: (**ولو قال لأربع نسوة له: أنتن علي كظهر أمي لزمته في جماعتهن كفارة واحدة، ولا يجوز له وطء واحدةً منهن حتى يكفر، فإذا كفَّر جاز له أن يطأهن أو مَن شاء منهن**).

ما ذكر مثله فيها[2]، وزاد في سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك: إن جهل فظن أن ذلك لا يجزئه إلا عن كل واحدة كفارة فصام عن إحداهن أجزأه عن جميعهن.

ابن رشد[3]: اتفاقًا.

قوله: (**ولو قال لإحدى نسائه:أنت علي كظهر أمي، ثم قال: وفلانة أيضًا لامرأة غيرها من نسائه عليَّ ذلك، وجبت عليه كفارتان**).

---

(١) «البيان» (٥/ ١٧٤).

(٢) «المدونة» (٢/ ٤٠٦).

(٣) «البيان» (٥/ ١٧٥).

ولو قال: كلما تزوجت فالمرأة التي أتزوجها عَلَي كظهر أمي، لزمه كلما تزوج كفارة بعد كفارة بخلاف قوله: كل امرأة أتزوجها فهي عَلَي كظهر أمي.

ما ذكر مثله فيها(١).

وقال أشهب: لا يلزمه إلا كفارةً واحدةً؛ إذ لا فرق بين قوله: «أنتما مني كظهر أمي»، أو قوله: «أنتِ وأنتِ».

وردَّه عياض(٢) بأن الاستئناف يقتضي التجديد بلا شك.

واختلف إذا لم يأت بـ«ثم» وذلك إذا قال: «أنت عليّ كظهر أمي» وهو يشير لأخرى:

فقال يحيى بن عمر: يلزمه كفارتان، كما إذا قال: ثم.

وقيل: لا يلزمه إلا كفارةً واحدةً.

قوله: (ولو قال: كلما تزوجت، فالمرأة التي أتزوجها علي كظهر أمي، لزمه كلما تزوج كفارةً بعد كفارة، بخلاف قوله: كل امرأة أتزوجها علي كظهر أمي).

ما ذكر الشيخ مثله قول ابن المواز: «لو قال مَن تزوجتُ من النساء فهي علي كظهر أمي، فإنه يجب عليه في كل امرأة يتزوجها كفارة بلا خلاف»، بخلاف قوله: كل امرأة يتزوجها.

ولم يعجب أبا إسحاق تفرقته وقال: «ليس بينهما فرق في المعنى».

ورده عياض(٣): بأن «مَن» للآحاد فعرض لها العموم فعمت الآحاد من حيث أنها أحاد، وأصل وضع كل للاستغراق فكانت كاليمين على فعل أشياء يحنث بفعل أحدها.

قال: وليس كما فرق الشيوخ أن «مِن» للتبعيض في قوله: من النساء؛ إذ ليست للتبعيض بل هي لبيان الجنس.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٤٦).

(٢) «التنبيهات» (٢/ ٨٣٥).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٨٣٥، ٨٣٦).

فصل: في حكم من جمع لفظ الظهار مع لفظ الطلاق:

ولو قال لامرأة تحته: أنت طالق ألبتة، وأنت علي كظهر أمي، لزمه الطلاق، ولم يلزمه الظهار، ولو قال: أنت علي كظهر أمي، وأنت طالق ألبتة، لزمه الظهار والطلاق، ولم يكفر حتى ينكحها بعد زوج، فإن نكحها لم يطأها حتى يكفر عنها.

ولو قال لامرأة أجنبية: أنت طالق، وأنت عَلَي كظهر أمي إن تزوجتك، لزمه الطلاق، ولم يلزمه الظهار، إن تزوجها. ولو قال لها: أنت علي كظهر أمي وأنت طالق إن تزوجتك، لزمه الطلاق والظهار معًا إذا تزوجها، وحرمت بالطلاق

قوله: (**ولو قال لامرأة تحته: أنت طالق البتة وأنت علي كظهر أمي لزمة الطلاق ولم يلزمه الظهار، ولو قال: أنت علي كظهر أمي وأنت طالق البتة، لزمة الظهار والطلاق، ولم يكفِّر حتى ينكحها بعد زوج، فإن نكحها لم يطأها حتى يكفر عنها**).

ما ذكر مثله فيها[1].

وعارضها أبو إبراهيم بالتي فوقها تليها: ومَن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت علي طالق وأنت عليّ كظهر أمي، أو فأنت علي كظهر أمي وأنت طالق، فإن تزوجها طُلقت عليه، ثم إن تزوجها بعد ذلك لم يقربها حتى يكفِّر كفارة الظهار؛ لأن الظهار والطلاق وقعها بالعقد معًا فلزماه، والذي قدَّم الظهار في لفظه أبين.

وفي «**الأيمان بالطلاق**» **منها**[2]: «وإن قال لامرأته قبل البناء: أنت طالق أنت طالق كلامًا نسقًا فهي ثلاثة.

وقال إسماعيل القاضي: لا يلزمه إلا واحدة، وفرق أبو محمد بأن الطلاق الثاني مثل الأول والظهار معنى آخر.

قوله: (**ولو قال لامرأة أجنبية: أنت طالق، وأنت علي كظهر أمي إن تزوجتك، أو قال لها: أنت علي كظهر أمي وأنت طالق إن تزوجتك، ثم تزوجها لزمه الطلاق والظهار معًا إذا تزوجها وحرمت عليه بالطلاق،**

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٦٥).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٥١).

عليه، فإذا نكحها بعد ذلك لم يطأها حتى يكفر.

فصل: في شروط العود في الظهار لوجوب الكفارة:

وكفارة الظهار لاتلزم بمجرد القول حتى ينضاف إليه العود.

وإذا نكحها بعد ذلك لم يطأها حتى يكفِّر عنها).

قال فيها(١): لأن الطلاق والظهار وقعا بالعقد معًا فلزماه وما ذكره في المسألة الثانية متفق عليه، وما ذكره في الأولى هو المعروف.

وقال القرافي: ينبغي ألا يقع الظهار؛ لأنهما إنما يقعان عند حصول الشرط، وهو التزويج ، وعند حصوله تكون زوجة مطلقة قبل البناء فلا يلزم، كمن جمع الطلاق والظهار قبل البناء وقدَّم الطلاق لم يلزمه الظهار.

وما ذكره ردّه بعض شيوخنا بأنه في التي قبل البناء متأخر عن ثبوت الطلاق، وهو في التعليق مقارن له حسبما صرح به مالك في قوله؛ لأن الطلاق والظهار وقعا بالعقد معًا.

وقال ابن محرز في توجيه قول مالك: إنما لزماه؛ لأن الواو لا تفيد ترتيبًا، ولو عطف الظهار [بـ«ثم»](٢) لم يلزمه ظهار؛ لأنه وقع على غير وجه اليمين بالظهار.

قوله: (**وكفارة الظهار [لا تلزم]**(٣) **بمجرد القول حتى ينضاف إليها العَوْدُ).**

ما ذكره هو مقتضى قول ابن القاسم فيها.

وقال ابن سحنون عن أبيه: أكثر أصحابنا قال: إن مَن كفَّر بغير نية العودة لا تجزئه.

قال عياض(٤): هذا يدل على الخلاف، وإن منهم مَن يقول: تجزئه.

قال الباجي(٥) إثر ما تقدم عن ابن سحنون: [ورأيت](٦) لأبي عمران أن ابن القاسم لا يراعي العودة، وإنما يراعيها ابن الماجشون وسحنون.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٦٥).

(٢) في ب: به .

(٣) في أ: لازمة .

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٨٣٥).

(٥) «المنتقى» (٤/ ٤٨).

(٦) في ب: ورواية .

وقد اختلف قوله في العود ما هو؟ فعنه في ذلك **روايتان:**

إحداهما: أن العزم على إمساكها بعد المظاهرة منها.

والرواية الأخرى: أنه العزم على وطئها. ومن أصحابنا من قال: العود في إحدى الروايتين عن مالك: هو الوطء نفسه. والصحيح عندي هو ما قدمته، والله أعلم.

فصل: فيما يحرم على المظاهر من زوجته قبل التكفير:

ولا يجوز للمظاهر أن يطأ، ولا يباشر حتى يكفر،........

قلت: وما ذكره أبو عمران ليس بصحيح، فإن قول ابن القاسم فيها[1] بمراعاتها.

قوله: (**وقد اختلف قوله في العوْد ما هو؟ فعنه في ذلك روايتان:**

إحداهما: أنه العزم على إمساكها بعد المظاهرة منها.

والرواية الأخرى: أنه العزم على وطئها.

ومن أصحابنا مَن قال: إن العودة في إحدى الروايتين عن مالك هو الوطء نفسه، والصحيح عندي ما قدمته والله أعلم).

الرواية الثانية هو نصها[2].

وفي المسألة رواية رابعة: وهي الإجماع على الإمساك والوطء، حكاه اللخمي.

وخامس: وهو مجردها [بقاء][3] العصمة وإن لم يعزم على الإمساك، قاله ابن رشد تأويلًا على قول ابن نافع [فيها[4]][5].

قوله: (**ولا يجوز للمظاهر أن يطأ ولا يباشر حتى يكفِّر**).

ظاهر كلامه: أن المباشرة حرام.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٦٨).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٧١).

(٣) سقط من أ.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٧٢).

(٥) سقط من ب.

ولا بأس أن ينظر إلى الوجه واليدين وسائر الأطراف قبل أن يكفر.

فصل: في الظهار من الإماء:

والظهار من الأمة المملوكة كالظهار من الزوجة، وتلزم الكفارة فيها كلزومها في الزوجة، وكذلك في الظهار من أم الولد والمدبرة،........................

وفيها[١]: ولا يُقبِّل ولا يباشر ولا يلمس.

قال الباجي[٢]: واختلف في حمل منعه، فحمله عبد الوهاب[٣] على التحريم، وحمله عبد الملك في «المبسوط» على الكراهة للتغرير للجماع الذي لا يحل لمن لم يكفِّر، نحو كراهتهم القُبلة والملامسة [أظن للصائم][٤].

قوله: (ولا بأس أن ينظر إلى الوجه والرأس واليدين وسائر الأطراف قبل أن يكفِّر).

ما ذكر خلاف قولها[٥]: ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها، وجائز أن ينظر إلى [وجهها، وقد ينظر غيره إليه.

وقيل: يجوز أن ينظر إلى][٦] شعرها. قاله ابن القاسم في «العتبية»، كذا عزاه اللخمي.

ووهّمه بعض شيوخنا: بأنه إنما هو فيها لأشهب، وهي آخر مسألة من سماعه من «كتاب الظهار» قال فيها ما نصه[٧]: قلت لمالك: هل يرى شعرها؟ قال: نعم أرجو ذلك.

قلت: وكلام الشيخ عندي أيضًا مخالف لهذه الرواية؛ لأنه إنما جوز فيها النظر للشعر وهو أخف من الأطراف، فما ذكره خلاف القولين فتأمله.

قوله: (والظهار من [الأمة][٨] المملوكة كالظهار من الزوجة، وتلزم الكفارة فيها كلزومها في الزوجة، وكذلك الظهار من أم الولد والمدبرة).

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٦٦).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٤٤).

(٣) «المعونة» (٢/ ٨٩٥).

(٤) سقط من ب.

(٥) «التهذيب» (٢/ ٢٦٦).

(٦) سقط من ب.

(٧) «المدونة» (٢/ ٣٣٤).

(٨) سقط من ب.

ولا يلزم الظهار في المعتقة إلى أجل ولا في المكاتبة.

فصل: في كفارة الظهار:

وكفارة الظهار مرتبة على المكفر بها أن يعتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب الفاحشة.

ما ذكره في الثلاثة مثله فيها[(١)] ولا أعرف خلافه.

قوله: (ولا يلزم الظهار في المعتقة إلى أجل ولا في المكاتبة).

ما ذكره في المعتقة إلى أجل هو نصها[(٢)]، وما ذكره في المكاتبة مثله للباجي[(٣)]، وعزاه اللخمي لسحنون قال: وأرى ألا شيء عليه إذا عجزت، فكلامه كما ترى يقتضي أن سحنون يقول بلزوم الظهار إذا عجزت فهو يثبت [قول ابن شاس[(٤)].

ابن الحاجب[(٥)]:][(٦)] وفي المكاتبة لو عجزت قولان.

وقول بعض شيوخنا «لا أعرفه» قصور.

قوله [فصل: (في كفارة الظهار: وكفارة الظهار مرتبة][(٧)]، وعلى المكفر بها أن يعتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب الفاحشة).

ظاهره: وإن كانت صغيرة فإنها تجزئ مطلقًا.

وفيها[(٨)]: يجوز عتق الصغير إذا كان من قصر النفقة، فحمله أبو عمران على الاستحباب، وحكى ابن عبد السلام عن بعضهم أنه شرط، وكلام الشيخ مخصوص بالشيخ الكبير فإنه لا يجوز، والفرق بينه وبين الصغير واضح، وكذلك مَن عليه دَين كثير أنه لا يجوز عتقه.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٧٣).

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٠٩)، و«التهذيب» (٢/ ٢٥٩).

(٣) «المنتقى» (٤/ ٤٦).

(٤) «عقد الجواهر» (٢/ ٥٥٢).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٠٩).

(٦) في ب: قول ابن شاس وابن الحاجب .

(٧) سقط من ب.

(٨) «التهذيب» (٢/ ٢٧٩).

فإن لم يجدها صام شهرين متتابعين، ....

[والعيب](١) **على ثلاثة أقسام:**

قسم لا يجزئ بلا خلاف من حيث الجملة، وهو الذي يمنع الكسب ويشين.

وفي إجزاء المجنون في أقل الأزمنة كمرة في الشهر قولان(٢)، وعكسه عكسه.

والثالث: ما يشين ولا يمنع الكسب كالعور ففيه خلاف.

وجعل من أمثلته في «التهذيب»(٣) كجذع أذن، وتعقبها عبد الحق بأن فيها [كجذع في أذن](٤).

قوله: (فإن لم يجدها صام شهرين متتابعين).

واختلف متى [يتعين](٥) العجز عن العتق؟

فقيل: وقت الأداء، قاله فيها(٦)، وهو المشهور.

وقيل: وقت الوجوب، فيجب عليه العتق وإن كان محتاجًا إلى ما بيده من عبد أو دار أو غيرهما.

فإن قلت: ما الفرق بين هذا وبين عادم الماء؟ فإنه يجوز له أن يتيمم إذا كان محتاجًا لنفقة ما يشتريه به، والله سبحانه لم يجز التيمم إلا عند عدم الماء كما لم يجز الصوم هنا إلا عند العجز عن العتق.

قلت: فُرِّقَ بينهما بفروق:

منها: أن المظاهر أتى المنكر والزور.

ولتكرار الوضوء؛ ولأن آية التيمم مخصوصة بالذي لم يقدر على استعمال الماء، والعام إذا خُصص ضعف في قول، ولم يقع تخصيص لآية الظهار.

---

(١) في ب: والعيوب .

(٢) لأشهب، وابن القاسم عن مالك .

(٣) «التهذيب» (٢/ ٢٧٩).

(٤) في ب: جذع كأذن .

(٥) في ب: يعتبر .

(٦) «المدونة» (٢/ ٣٣٤)، و«التهذيب» (٢/ ٢٨٠).

ولا يطأ من ظاهر منها ليلاً ولا نهارًا حتى يكفر، فإن وطئ امرأته التي ظاهر منها في أضعاف كفارته ليلاً أو نهارًا بطلت كفارته ووجب عليه ابتداؤها.

ويجوز له أن يطأ غيرها من نسائه في ليالي صومه بكفارته، فإن لم يكن يقدر على الصيام من كبر مفند أو مرض متطاول لا يرجى برؤه، جاز له أن يطعم ستّين مسكينًا مدًّا مدًّا بمد هشام ....

قوله: (ولا يطأ مَن ظاهر منها ليلًا ولا نهاراً حتى يكفر، فإن وطئ امرأته التي ظاهر منها في أضعاف كفارته ليلًا أو نهارًا بطلت كفارته ووجب عليه ابتداؤها، ويجوز له أن يطأ غيرها من نسائه في ليالي صومه كفارته).

تنصيصه على الوطء بانفراده يدل أن القُبلة لا تبطل صومه وهو كذلك، قاله أصبغ.

وقيل: تبطله، قاله ابن الماجشون، وإلى الأول رجع سحنون.

قوله: (فإن لم يقدر على الصيام من كِبر مفند أو مرض متطاول لا يرجى برؤه جاز له أن يطعم ستين مسكينًا مُدًّا مدًّا بمُد هشام).

مفهومه: لو كان يرجى برؤه فإنه يتربص وإن طال، وهو كذلك إذا طال مرضه عند ابن القاسم خلافًا لأشهب لقيد أن يحتاج لأهله وكلاهما فيها[1].

وعارض أبو إبراهيم قولها: باشتراط طول المرض إذا لم يرج البرء لقولها في «كتاب الأيمان والنذور»[2]: ولا يجزئه الصوم وله مال غائب [وليستلف][3]، ولم يفصل بين الغيبة البعيدة والقريبة.

ويجاب: بأن لا ضرر عليه هناك، وإخراج الكفارة على التراخي، وضرورته هنا فقد يحتاج إلى أهله كما صَرَّحَ به فيها.

ومنهم مَن تأول قوله هناك: «وليستلف على طريق الاستحباب»، وهو بعيد من قوله: «ولا يجزئه الصوم والكسوة لا مدخل لها في هذا الباب على المعروف».

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٧٣).

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٠٧).

(٣) في ب: وليتسلف.

وقدره مد وثلثان مُدّ بمدّ النبي ﷺ. وقد قيل: يطعم مدين مدين بمد النبي ﷺ، وهو أحب إلينا، ولايجوز له أن يطأ في أضعاف إطعامه، فإن وطئ في أضعافه بطل ما مضى من إطعامه ولزمه ابتداء وإذا وطئ المظاهر امرأته قبل أن يكفر فليس عليه إلا كفارة واحدة. ولا يطأها بعد ذلك حتى يكفر.

وفي «**الموازية**»: مَن ظاهر من أربعة نسوة فأطعم لواحدة ستين مسكينًا وكسا لأخرى كذلك، ثم وجد العتق فأعتق لواحدة غير معينة ولم يقدر على رقبة الرابعة، فليطعم أو يكسو ويجزئه.

قال أبو محمد[1]: انظر قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره.

وما ذكر أنه بمُد هشام هو المشهور.

وقيل: بل بمُد النبي ﷺ، قاله ابن القصار، وعليه حُمل قول ابن كنانة وابن الماجشون: إن غدا أو عشا أجزأه.

قوله: (**وقدره مُدٌّ وثلثا مُدٍ بمُد النبي ﷺ، وقد قيل: يطعم مُدين مدين بمد النبي ﷺ وهو أحب إلينا**).

القول الأول هو نصها وهو المشهور، والثاني رواه البغداديون عن [معن][2] بن عيسى على أنه مقدار مُد هشام، وليس في كلام الشيخ ما يدل.

وقيل: مقداره مد وثلث، رواه ابن حبيب وقال به.

وقيل: بل مد ونصف، حكاه ابن بشير.

ومد هشام جعله لفرض الزوجات وهو هشام بن إسماعيل بن الوليد بن المغيرة المخزومي، كان واليًا بالمدينة.

قوله: (**ولا يجوز له أن يطأ في أضعاف إطعامه، فإن وطئ في أضعافه بطل ما مضى في إطعامه ولزمه ابتداؤه، وإذا وطئ المظاهر امرأته قبل أن يكفر فليس عليه إلا كفارة واحدة، ولا يطأ بعد ذلك حتى يكفر**).

---

(١) «النوادر» (٥/ ٣٠٥).

(٢) في ب: معمر، والمثبت هو الصواب، وهو معن بن عيسى بن يحيى بن دينار، أبو يحيى القزاز، المدني، تلميذ مالك، توفي سنة ١٩٨ هـ.

فصل: في كفارة العتق:

ولا يجوز أن يعتق رقبة واحدة عن كفارتين ولا أن يعتق رقبتين عن كفارتين إذا أشرك بينهما في كل واحدة من الرقبتين، وإن أفرد كل واحدة من الرقبتين عن كفارة واحدة عينها أو أطلقها، أجزأت عنه، فإذا عين الكفارة عن واحدة من المرأتين، جاز له أن يطأها وأن يكفر عن الأخرى. وإن أطلق الكفارة عن إحداهما بغير تعيينها، لم يطأ واحدة منهما حتى يكفر الكفارة الأخرى.

قال فيها[١]: ويجب عليها أن تمنعه من نفسها، فإن خشيت منه رفعت ذلك إلى الإمام، ويمنعه من وطئها إن خاصمته، ويؤدبه إن أراد ذلك.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ من الوطء؛ لقولها[٢]: «ولا يقبِّل ولا يباشر ولا يلمس؛ لأن ذلك لا يدعو إلى خير».

وحمله عبد الوهاب[٣] على التحريم، وحمله عبد الملك في «المبسوط» على الكراهة كما تقدم.

والمراد بذلك في التي ظاهر منها، وأما غيرها فيجوز إلا أنه إذا أخذ في [الكفارة][٤] فيطؤها ليلًا في الصيام وبالإطلاق في الإطعام.

قوله: (ولا يجوز أن يعتق رقبة واحدة عن كفارتين، ولا أن يعتق رقبتين عن كفارتين إذا أشرك بينهما في كل واحدة من الرقبتين عن كفارة واحدة عينها أو أطلقها أجزأت عنه، فإذا عيَّن الكفارة عن واحدة من المرأتين جاز أن يطأها قبل أن يكفر عن الأخرى، فإذا أطلق الكفارة عن إحداهما بغير عينها لم يطأ واحدةً منهما حتى يكفر الكفارة الأخرى).

مفهومه: لو كان عن كفارة واحدة فإنه يجزئه، وهو واضح إذا كان عتقه لها في دفعة

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٦٦).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٦٦).

(٣) «المعونة» (١/ ٤٩٥).

(٤) في ب: الكفاف.

فصل: في كفارة الصيام:

وإذا مرض المظاهر، ولم يقدر على الصيام فإن كان مرضه يرجى برؤه، وبه حاجة إلى وطء امرأته فالاختيار له أن ينتظر البرء حتى يقدر على الصيام، ولو كفر بالإطعام ولم ينتظر القدرة على الصيام أجزأه.

وظهار العبد كظهار الحر، وكفارته مثل كفارته، غير أنه لا يصح منه التكفير بالعتق أذن له في ذلك سيده أو لم يأذن فيه.

واحدة لقولها[١]: «ومَن أعتق عن ظهاره نصف عبد لا يملك غيره ثم أيسر بعد ذلك فابتاع باقيه فأعتقه عن ظهاره لم يجزئه لتبعيض العتق».

واختلف إذا كان مليّاً وعتق نصفه، وكان الباقي له أو لغيره وكمل عليه.

على قولين: والمشهور لا يجزئه.

قوله: (وإذا مرض المظاهر ولم يقدر على الصيام، فإن كان مرضه يرجى برؤه وبه حاجة إلى وطء امرأته، فالاختيار له أن ينتظر البرء حتى يقدر على الصيام، ولو كفَّر بالإطعام ولم ينتظر القدرة على الصيام أجزأه).

يريد: إذا طال مرضه وهذا هو قول أشهب فيها ونصه.

وقال أشهب: إذا طال مرضه وإن رُجي برؤه وقد احتاج إلى أهله فليطعم، وهو خلاف قول ابن القاسم فيها؛ لأنه إنما أباح له الانتقال إذا لم يرج برؤه لقوله: «وكل مرض يطول بصاحبه ولا يدرى أيبرأ منه أم لا، ولعله يحتاج إلى أهله فليطعم».

قوله: (وظهار العبد كظهار الحر، وكفارته ككفارته غير أنه لا يصح منه التكفير بالعتق أذن في ذلك سيده أو لم يأذن فيه).

يعني: أن ظهار العبد لازم كالحر وهذا هو المعروف لدخوله في قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة:٣] على الصحيح.

وقال بعضهم: إن ظهاره غير لازم، ورأى أن الآية لا تتناوله لقرينة سياق الآية، وذلك أن الآية دلت على أن كل مظاهر، فالكفارة منوَّعة في حقه على الثلاثة الأنواع

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٧٨).

وليكفر بالصيام، فإن عجز عنه كفر بالإطعام إن أذن له سيده، فإن منعه منه انتظر القدرة على الصيام.

❋ ❋ ❋

المذكورة فيها، والعبد لا يصح منه النوع الأول ولا الثاني عند بعضهم، فوجب ألا تتناوله الآية، وإنما لم يجزئه العتق وإن أذن له سيده؛ لأن الولاء لسيده.

قوله: (وليكفر بالصيام، فإن عجز عنه كفَّر بالإطعام إن أذن له سيده فيه، فإن منعه انتظر القدرة على الصيام).

ما ذكر أنه يكفر بالإطعام إن أذن له فيه سيده هو قول ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: لا يجزئه؛ لأن إذن السيد لا يخرجه عن ملكه، ولو شاء رجع.

قال أبو محمد[1]: يريد أن ملك العبد غير مستقر.

وقال الباجي[2]: بل عندي أن قوله بناء على أن العبد لا يملك.

❋ ❋ ❋

(١) «النوادر» (٥/ ٣٠٠).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٨٩).

باب: اللعان

فصل: في الملاعنة بسبب الزنا:

قال: واللعان بين كل زوجين عدلين كانا أو فاسقين، ويلاعن الحر الأمة، والعبد الحرة.

قال ابن الحاجب[(١)]: اللعان: يمين الزوج على الزوجة بزنا أو بنفي نسب، ويمين الزوجة على تكذيبه[(٢)].

وإبطال كونه غير جامع بلعان مَن لا يجب على زوجته لعان، وبلعان مَن أبان زوجته؛ لأن كونه زوجًا مجاز، وأبطل كونه غير مانع [لحلفهما][(٣)] مرة.

باب: في اللعان وفراقه وأحكامه

قوله: (قال: واللعان بين كل زوجين عدلين كانا أو فاسقين، ويلاعن الحُر الأمة والعبد الحُرة).

قوة كلامه تقتضي أن الكافرين لا لعان بينهما، وهو كذلك صَرّحَ به فيها.

وظاهرها: وإن [تحاكموا][(٤)] إلينا.

وقال بعض أهل المذهب: يصح من الكتابيين إن [تحاكموا][(٥)] إلينا، وهو مذهب الشافعي.

ويريد الشيخ: بشرط التكليف، فشرط الملاعن أن يكون زوجًا مسلمًا مكلفًا،

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣١٤).

(٢) هذا التعريف رده ابن عرفة، وَعَرَّفَ اللعان فقال: اللعان: حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض. اهـ «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٩٦).

وانظر شرح هذا التعريف في «شرح حدود ابن عرفة» للرصاع (١/ ٢١٠).

(٣) في أ: تلحفهما.

(٤) في أ: تحاكما.

(٥) في أ: تحاكما.

والمسلم النصرانية واليهودية، ولا لعان فيها ملكت اليمين، ولا لعان على خصّي أو مجبوب ولا صبي، ولا يلحق الولد بواحد منهم، وإذا قذف الرجل امرأته، وادعى أنه رآها تزني، ووصف ذلك، ووصف الشهود لرؤية الزنا، كان له أن يلاعنها، ....

والنكاح الفاسد كالصحيح؛ لأن ثمرة النكاح الصحيح جارية فيه أو أكثرها، ولاسيما [لحوق][1] الولد.

قوله: (والمسلم النصرانية واليهودية).

ويلحق بالكتابية المجوسية يُسْلِم زوجها ولم تُسْلِم هي.

قوله: (ولا لعان فيما ملكت اليمين).

قال فيها[2]: وأما الأمة والكتابية فلا يلاعن الزوج في قذفهما بغير رؤية كان حرًّا أو عبدًا، إذ لا يحد قاذفهما، ويلاعن فيهما إن أحب إذا نفى حملًا وادعى الاستبراء، أو ادعى رؤية ولم يمس بعدها لخوف الحمل، ولو شاء أن يلاعن في قذفهما لحق ذلك عليهما لم أمنعه.

قوله: (ولا لعان على خصي ولا مجبوب ولا صبي، ولا يلحق الولد بواحد منهم).

وقال ابن دينار: الولد لاحق في الخصي كيف ما كان، فعليه يقع اللعان.

قوله: (وإذا قذف الرجل امرأةً وادعى أنه رآها تزني ووصف ذلك ووصف الشهود [لرؤية][3] الزنا، كان له أن يلاعنها).

قال ابن رشد[4] **وغيره**: لا خلاف أنه يلاعن في ثلاث مسائل وهي:

إن نفى حملًا لم يقر به [واستبرأ][5].

---

(١) في أ: لحق .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٣١).

(٣) في ب : لرؤيته .

(٤) «البيان» (٦/ ٤١٦).

(٥) في ب: وادعى استبراءً .

وإن اقتصر على مجرد قذفها من غير وصف لرؤية الزنا منها، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه يلاعنها.

والأخرى: أنه يُحَد ولا يلاعنها.

أو ادعى رؤيةً لا مسيس بعدها في غير ظاهرة الحمل، أو قال: ما وطئتها، أو: منذ وضعت، أو: منذ مدت، عَيَّنَهَا، [لما لا لمثله تلحق الأنساب][(١)].

وما ذكر الشيخ من اشتراط رؤية الصِّفَة الذي ذكرها هو قول مالك.

وفي «النوادر»[(٢)]: عن ابن القاسم: أن قوله: «رأيتها تزني» كاف.

ونقله ابن رشد عن ابن نافع.

قوله: (وإن اقتصر على مجرد قذفها من غير وصف [لرؤية][(٣)] **الزنا منها فعنه في ذلك روايتان:**

إحداهما: أنه يلاعنها.

والرواية الأخرى: أنه يُحد ولا يلاعنها).

وإذا ظهر بها حمل فنفاه وادعى أنه استبرأها بعد وطئه إياها، ثم لم يطأها بعد استبرائه إياها حتى ظهر حملها، كان له أن يلاعنها.

اختلف في ثلاث مسائل:

- أن يقذفها ولا يدعي رؤية.
- وأن ينفي حملًا ولا يدعي استبراء.
- وأن يدعي رؤية لا مسيس بعدها في بينة الحمل.

وجميعها في كلام الشيخ.

---

(١) في ب: لما لا يلحق لمثله الأنساب.

(٢) «النوادر» (٥/ ٣٣١).

(٣) في ب: لرؤيته.

فصل: في الملاعنة لنفي الحمل:

وإذا ظهر بها حمل فأقر به، ثم ادعى أنه رآها تزني فقد اختلف قوله في ذلك فعنه فيه ثلاث روايات:

إحداهن: أنه يُحد ويلحق به الولد، ولا يلاعن.

والأخرى: أنه يلاعن وينتفي عنه الولد الذي أقرّ به.

والرواية الثالثة: أنه يلحق به الولد، ويلاعن وينتفي الحد عنه، وهو صحيح إن شاء الله.

فصل: حكم من أقرت بالزنا وأتت بولد:

وإذا ادَّعى رجل على امرأته بالزنا، فأقرت به وقد أتت بولد، فقد اختلف قوله فيه فعنه في ذلك روايتان:

قوله: (والاستبراء في ذلك حيضة واحدة، وإن اقتصر على نفي حملها من غير ذكر استبرائها فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه يلاعنها.

والأخرى:أنه يُحد ويلحق به حملها ولا يلاعنها).

وإذا لاعنها برؤية الزنا منها ثم أتت بولد فقد اختلف قوله في إلحاقه به وسقوطه عنه، فقال مرة: يسقط عنه.

وقال مرة أخرى: يلحق به ولا يسقط عنه.

قوله:(وإذا ظهر بها حمل فأقر به ثم ادعى أنه رآها تزني، فقد اختلف قوله في ذلك، فعنه فيه ثلاث روايات:

إحداهن: أنه يُحد ويلحق به الولد، ولا يلاعن.

والأخرى: أنه يلاعن وينتفي عنه الولد الذي أقر به.

والثالثة: أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد عنه، وهذا هو الصحيح، والله أعلم.

وإذا ادعى الرجل على امرأته بالزنا فأقرت به وقد أتت بولد، فقد اختلف قوله فيه، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه يسقط الولد عنه بغير لعان.

والرواية الأخرى: أنه لا يسقط الولد عنه إلا باللعان.

وإذا ولدت المرأة اثنين فأقر الزوج بأحدهما، ونفى الآخر لحقا به جميعًا، وسقط قوله، وإن نفاهما جميعًا لاعن لعانًا واحدًا وسقطا جميعًا عنه.

فصل: في صفة لعان الزوج:

ويبدأ الرجل باللعان

إحداهما: أنه يسقط الولد عنه بغير لعان.

والرواية الأخرى: أنه لا يسقط الولد عنه إلا باللعان).

ما ذكره هو قول مالك وأكثر أصحابه، وهو أحد الأقوال الأربعة.

وعن مالك أيضًا: الاستبراء بثلاث حِيض، وبه قال عبد الملك.

وعنه: إن كانت أمةً فحيضة، وإن كانت حرة فثلاث.

وعن المغيرة: لا ينفيه إلا بخمس سنين فاعتبر الأمد، وله القولان الأولان أيضًا.

قال ابن عبد السلام: وظاهر حديث هلال بن أمية أنه لا يحتاج إلى استبراء، فإن لم يكن إجماع فالأظهر عدم اشتراطه.

قوله: (**وإذا ولدت امرأة [اثنين]**(١) **فأقر الزوج بأحدهما ونفى الآخر لحقا به جميعًا وسقط قوله، وإن نفاهما جميعًا لاعن لعانًا واحدًا وسقطا جميعًا عنه**)

يعني: أن التوأمين حكمهما حكم الواحد، وهذا إذا كان الذي بين ولادتهما أقل من ستة أشهر، فإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر فليسا بتوأمين.

قوله: (**ويبدأ الرجل باللعان**).

ما ذكر الشيخ أن الزوج هو المبتدئ هو نص التنزيل، وهل ذلك على طريق الوجوب؟ فلو ابتدأت المرأة أولًا لزمها الإعادة أم ذلك على طريق الاستحباب؟ فيه خلاف:

فحمل عبد الوهاب(٢) المذهب الأول، ونقل ابن الكاتب، واللخمي، وصاحب «البيان» عن ابن القاسم: عدم إعادتها.

---

(١) في ب: ابنين .

(٢) «الإشراف» (٢/ ٧٨٤)، و«المعونة» (٢/ ٩٠٠).

فيحلف أربعة أيمان بالمسجد الأعظم بمشهد من جماعة الناس بعد صلاة العصر.

وقاس أشهب الإجزاء على ما إذا حلف الطالب قبل نكول المطلوب، فإنه لا يجزئ، واختاره ابن الكاتب وغيره.

وقال ابن رشد(١): محل الخلاف بين ابن القاسم وأشهب إذا وقعت يمين المرأة على ألفاظ الرجل فقالت: [أُشهد الله أني لمن الصادقين](٢) ما زنيت، وأن حملي هذا منه، فأما إذا وقعت على طريق الرد عليه [في تكذيبه](٣) فلا يجزئ أصلًا؛ لأنه لم يتقدم له يمين.

قوله: (فيحلف أربعة أيمان في المسجد الأعظم بمشهد جماعة من الناس بعد صلاة العصر).

قال فيها(٤): ويَلْتَعِنُ الْمُسْلِمُ في المسجد عند الإمام دبر الصلوات بمحضر الناس.

وحمل ابن عبد السلام قولها: «يلتعن في المسجد» على طريق الأَوْلَى، قال: وهي عبارة المتقدمين.

واعترض قول ابن الحاجب(٥) بوجوبه.

ورده بعض شيوخنا(٦): بأن ظاهرها الوجوب لا الاستحباب.

وفي «المقدمات»(٧): لا يكون اللعان إلا بالمسجد، ومثله نقل أبو محمد عن عبد الملك.

ونقل اللخمي عنه: أنه يصح بمحضر الإمام في غير المسجد.

---

(١) «البيان» (٦/ ٤٢١).

(٢) في ب: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، والمثبت من «أ»، و«البيان».

(٣) سقط من ب.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٣١).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٣١٧).

(٦) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٤٢٨).

(٧) «المقدمات» (١/ ٦٣٩).

واللفظ في إحدى الروايتين عنه: أشهد بالله لقد زنت، وفي الرواية الأخرى: أشهد بالله لقد رأيتها تزني يلج فرج الرجل في فرجها كما يلج المرود في المكحلة، يردّد أحد اللفظين أربع مرات، ثم يقول في الخامسة: لعنة الله عَلَيه إن كان من الكاذبين.

وقال عياض(١): أصل المذهب ألا يكون إلا في المسجد.

وقال ابن شعبان(٢): يشترط في الحالف أن يكون قائمًا في القبلة بالمسجد الأعظم، فإن كان بالمدينة ففي الروضة، مما يلي القبر، وإن كان بمكة بين الركن والمقام.

فهذه النصوص تَرُدّ عليه، والله أعلم.

وما ذكر الشيخ أنه يكون بملاء من الناس فيه بترلقول مالك، ويحضره الإمام وطائفة من الناس.

قال ابن محرز: فائدة ذلك أنه حكم تتعلق به حقوق كثيرة، فوجب لذلك أن يحضره مَن يشهد عليه.

وأدنى الطائفة عند مالك والليث: أربعة على عدد شهود الزنا.

وما ذكر أنه يكون بعد العصر مثله قول سحنون: بعد العصر سُنة.

وقال ابن شعبان(٣): بعد العصر أو الصبح.

وفي «كتاب محمد»: هو جائز في كل وقت.

قوله: (واللفظ في إحدى الروايتين [أنه](٤)**: أشهد بالله لقد زنت، وفي الرواية الأخرى: أشهد بالله لقد رأيتها تزني يلج فرج الرجل في فرجها كما يلج المرود في المكحلة، يردد إحدى اللفظين أربع مرات، ثم يقول في الخامسة [أن]**(٥)**: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.**

---

(١) «التنبيهات» (٢/ ٨٧١).

(٢) «الزاهي» (ص/ ٤٥٥).

(٣) «الزاهي» (ص/ ٤٥٥).

(٤) في ب: عنه .

(٥) زيادة من ب.

فإذا التعن هو، انتفى عنه الولد، وسقط عنه الحد ولم تقع الفرقة بينهما بمجرد لعانه.

فصل: في صفة لعان الزوجة:

ثم يعرض اللعان على المرأة، فإن لم تلتعن حُدّتُ حد الزنا فجلدت إن كانت بكرًا وكانت على نكاحها، إلاّ أن يطلقها، وإن كانت ثيبًا رجعت واستحق الميراث منها.

وإن التعنت سقط الحد عنها ووقعت الفرقة بينهما وحرمت عليه، ولم تحل له أبدًا، وإن مات هو بعد لعانه وقبل التعانها، فإن التعنت بعده لم ترثه، وإن لم

فإذا التعن هو انتفى عنه الولد وسقط عنه الحد ولم تقع الفُرقة بينهما بمجرد لعانه، ثم يعرض اللعان على المرأة، فإن لم تلتعن حُدَّت حد الزنا فجُلدت إن كانت بكرًا وكانت على نكاحها إلا أن يطلقها، وإن كانت ثيبًا رُجمت واستُحق الميراث منها).

ما ذكر أنه يقول: «أشهد بالله» هو أحد الأقوال الستة:

وقيل: يقول: أشهد بعلم الله.

وقيل: يقول: بالله.

وقيل: يقول: بالله الذي لا إله إلا هو.

وقيل: وزيادة «الرحمن الرحيم».

وقيل: يقول: لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم.

قوله: (وإن التعنت سقط الحد عنها ووقعت الفرقة بينهما، وحُرمت عليه ولم تحل له أبدًا).

ظاهره: أن الافتراق لا يكون بتمام لعانها حتى لو لم يبق من لعان المرأة إلا مرةً واحدةً وكذب الزوج نفسه، بقيت له زوجة وجُلد الحد، وهذا هو المعروف من قول مالك وأصحابه.

وقيل: بتمام لعان الزوج تنقطع العصمة بينهما وإن لم تلتعن، وهو ظاهر ما لسحنون، ونحوه لأصبغ في «العتبية»، وهو ظاهر «الموطأ» أيضًا.

قوله: (وإن مات هو بعد لعانه وقبل لعانها، فإن التعنت بعده لم ترثه، وإن لم تلتعن

تلتعن حُدَّتْ وَوَرِثَتْه، ولفظ لعان المرأة: أشهد بالله ما زنيت، فإن قالت: أشهد بالله لقد كذب عَلَيَ فيما رماني به أجزأها تكرر ذلك أربع مرات، ثم تقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

فصل: فيمن يلتعن لنفي الولد بعد موت الزوجة:

وإذا غاب رجل عن امرأته فأتت بولد، ثم ماتت فقدم الزوج من غيبته وأنكر الولد، كان له أن يلتعن، وينفي الولد عنه، وله الميراث منها؛ لأنها ماتت قبل وقوع الفرقة بينهما.

فصل: فيمن أكذب نفسه بعد الملاعنة:

وإذا وقعت الفرقة بين المتلاعنين، ثم أكذب الرجل نفسه لحق به الولد، ووجب عليه الحد، ولم يحل له نكاح المرأة أبدًا.

فصل: في فرقة المتلاعنين:

وفرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق، وهي واقعة بالتعان الزوجين.

بعده حُدت وورثته، ولفظ لعان المرأة: أشهد بالله ما زنيت، وإن قالت: أشهد بالله لقد كذب عليَّ فيما رماني به أجزأها، تكرر ذلك أربع مرات ثم تقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وإذا غاب الرجل عن امرأته فأتت بولد ثم ماتت، وقدم الزوج من غيبته وأنكر الولد، كان له أن يلتعن وينفي الولد عنه، وله الميراث منها؛ لأنها ماتت قبل وقوع الفُرقة بينهما، وإذا وقعت الفرقة بين المتلاعنين ثم كذب الرجل نفسه، لحق به الولد ووجب عليه الحد، ولم يحل له نكاح المرأة أبدًا).

مثله فيها .

قال المتيطي: فيأتي على هذا أن الفرقة قد تقع بتمام لعان الزوج إن التعنت.

فهي ثلاثة أقوال.

قوله: (وفرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق، وهي واقعة بلعان الزوجين).

ما ذكره هو المشهور.

ولا يفتقر إلى إيقاع الحاكم لها.

فصل: في نفي ولد الأمة:

وإذا أقر الرجل بوطء أمته، ثم أتت بولد لحق به، وكانت فراشًا له، وإن لم يقر بوطئهالم يلحق به ولدها، ولو أقر بوطئهافأتت بولد فنفاه، وادعى أنه استبرأها بحيضة بعد وطئه إياها، انتفى الولد عنه بغير يمين، وقد قيل: لا ينتفي عنه إلاّ باليمين، واليمين في ذلك واحدة بخلاف اللعان.

وقال ابن شعبان[١]: عن ابن مسلمة: إنه طلاق البتة، تحل له بعد زوج إن كذب نفسه، ونحا إليه أشهب، وبه قال عبد الملك في «الثمانية».

قوله: (ولا يفتقر إلى إيقاع الحاكم لها).

مثله نقل الباجي[٢].

وقال عياض[٣]: اختار ابن لبابة: لا تقع الفرقة إلا بحكم.

ومثله نقل المتيطي عن غير واحد من الموثقين: لا يتم الفراق بينهما على قول ابن القاسم إلا بحكم القاضي.

قوله: (وإذا أقر الرجل بوطء امرأته ثم أتت بولد، لحق به وكانت فراشًا له، وإن لم يقر بوطئها لم يلحق به ولدها).

تقدمت في باب العزل، وتقدم الخلاف فيما إذا وطئها في الدُّبر وبين الفخذين مع الإنزال هل يلحقه أم لا؟ ولو كان الإنزال بين شِفْرَتي الفَرْج، فإنه يلحق بلا خلاف.

قال ابن القاسم: ولو قال: كنت أطأ ولا أنزل، لم يلزمه الولد.

قوله: (ولو أقر بوطئها فأتت بولد فنفاه وادعى أنه استبرأها بحيضة بعد وطئه إياها، انتفى الولد عنه بغير يمين.

وقد قيل: لا ينتفي الولد عنه إلا باليمين، ولليمين في ذلك واحدة بخلاف اللعان).

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٤٥٤).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٧٥).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٨٨٧).

فصل: في نفي ولادة الأمة:

ولو أقر بوطئها، فأتت بولد، فأنكر أن تكون ولدته، لم يلحق به إلاّ أن تشهد امرأتان ثقتان أنها ولدته، ولو أقر بوطئها وولادتها، ونفى ولدها لم ينتف عنه ولحق به إلا أن يدعي استبراءها بعد وطئه إياها.

فصل: في الولد من النكاح يولد لستة أشهر فصاعدًا:

وإذا عقد الرجل النكاح على امرأة، وأمكنه وطؤها بوجه من الوجوه، ثم أتت بولد لستّة أشهر فصاعدًا بعد العقد لحق به ولدها، وسواء أقر بوطئها أو لم يقر بوطئها، ....

تقدمت هذه أيضًا مع الثلاث مسائل الآتي بعدها، [وظاهرها][1]: سواء كان متهمًا أم لا.

وقال ابن مسلمة: إنما يحلف إن اتُّهِم.

قوله: (ولو أقر بوطئها فأتت بولد فأنكر أن تكون ولدته، لم يلحق به إلا أن تشهد امرأتان ثقتان أنها ولدته).

ما ذكره به قال مالك.

وقيل: يقبل قولها وإن لم يشهد لها امرأتان، قاله مالك أيضًا فيها[2].

وقال ابن المواز: يقبل قولها إن صدقها جيرانها ومَن حضرها، وليس يحضر مثل هذا الثقات.

قوله: (ولو أقر بوطئها وولادتها ونفى ولدها لم ينتف عنه ولحق به إلا أن يدعي استبراءها بعد وطئه إياها).

ما ذكره بيِّن.

قوله: (وإذا عقد الرجل النكاح على امرأة وأمكنه وطؤها بوجه من الوجوه، ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدًا بعد العقد، لحق به ولدها، وسواء أقر بوطئها أو لم يقر،

---

(١) في ب: وظاهره.

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٨٦)، و«التهذيب» (٢/ ٤٧٤).

ولا ينتفي عنه إلاّ باللعان.

فصل: في إنكار الزوج لادة زوجته:

وإذا أتت الزوجة بولد فأنكر الزوج أن تكون ولدته وادعى أنها لقطته، فالقول في ذلك قولها، ولا تحتاج في ذلك إلى بينة على ولادتها بخلاف الأمة المملوكة.

فصل: في لحوق ولد الأمة إذا وطئها البائع والمشتري قبل استبرائها:

وإذا وطئ الرجل أمته، ثم باعها في الطهر الذي وطئها فيه، فوطئها المشتري أيضًا قبل أن يستبرئها، فأتت بولد يشبه أن يكون من كل واحد منهما، دعي له القافة، فبأيهما ألحقوه ألحق به، فإن ألحقوه بالمشتري كانت له أم ولد وتم بيعها، وإن ألحقوه بالبائع كانت له أم وله وانفسخ بيعها .

ولا ينتفي الولد عنه إلا باللعان، وإذا أتت الزوجة بولد وأنكر الزوج أن يكون ولدته وادعى أنها لقطته، فالقول قولها في ذلك ولا تحتاج إلى بينة على ولادتها بخلاف الأمة المملوكة).

ما ذكره من قوله: «**ثم أتت بولد لستة أشهر**» يفسر قوله هناك: «**ثم أتت بولد لما تلد إليه النساء**».

قوله: (**وإذا وطئ الرجل أمته ثم باعها في الطهر الذي وطئها فيه، فوطئها المشتري أيضًا قبل أن يستبرئها، فأتت بولد يشبه أن يكون من كل واحد منهما، دعي له القافة فبأيهما ألحقوه لحق به، فإن ألحقوه بالمشتري كانت أم ولد وتم بيعها، وإن ألحقوه بالبائع كانت له أم ولد وانفسخ بيعها**).

يريد بقوله: «**لما يشبه**» أي: أتت بولد لستة أشهر فصاعدًا كما صَرَّحَ به في «باب الاستبراء».

واختلف في قبول القَائِف الواحد على ثلاثة أقوال:

فقيل: يُقبل إن كان عدلًا، قاله ابن القاسم.

....

❁ ❁ ❁

وقيل: لا يُقبل قوله إن لم يكن معه مثله، قاله مالك.

وقيل: يُقبل قوله وإن لم يكن عدلًا قياسًا على أصولهم في قبول قول النصراني فيما يحتاج إليه في أحكام الطب، قاله ابن رشد قائلًا[1]:

وقد روى ابن وهب: القضاء بقول الواحد غير مشترط عدالته.

قلت: قال بعض شيوخنا[2]: يريد مع سلامته عن تطرقات [الكذب][3].

❁ ❁ ❁

---

(١) البيان (١٠/ ١٢٦).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٤٢٩).

(٣) في الأصل: «الكذوب»، والمثبت من «مختصر ابن عرفة».

باب: في طلاق المشرك وإسلام أحد الزوجين وما يوجب الفراق

فصل: في المشرك يسلم قبل زوجته:

إذا أسلم الرجل المشرك قبل امرأته وهي كتابية ثبت بإسلامه على نكاحها،

باب: في طلاق المشرك وإسلام أحد الزوجين وما يوجب الفراق

قوله: (وإذا أسلم الرجل المشرك قبل زوجته وهي كتابية ثبت بإسلامه على نكاحها).

ظاهره: ولو لم يَبْن بها، وهو كذلك، صَرَّحَ به فيها[1]، ولا أعلم خلافًا في ثبوته على نكاحها.

ابن عبد السلام: لكن مع الكراهة في الاستدامة، كما يكره للمسلم نكاح الكتابية ابتداءً، هكذا نَبَّه عليه بعضهم.

قلت: لا أعرفه.

ورده شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى-: بأنهما ليسا سواءً لسبقية النكاح في مسألتنا بخلاف الْمُسْلِم.

ويجاب: بأن أصل ابن القاسم أن الدوام كالإنشاء لقوله: «إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا أركب هذه الدابة وهو راكبها، فلم ينزع الثوب ولا نزل عن الدابة، فإنه حانث».

لكن يعارضه قوله أيضًا: إذا قال: لا أدخل هذه الدار، وهو فيها، أنه لا يحنث باستدامة لبثه فيها.

فبان بهذا أن تماديه على النكاح هل هو كإنشائه أم لا؟ يختلف فيه لما ذكرناه، والله أعلم.

فما ردَّ به شيخنا ليس هو بمتفق عليه، فتدبره.

وما ذكرته من المعارضة كنت أقوله في درس شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ ثم رجعت لما فرّق به ابن بشير وهو: أن المتمادي على اللبس والركوب [يُسمَّى][2] لباسًا وركوبًا،

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٤٣).

(٢) في أ: ليسا .

وإن كانت غير كتابية فإن أسلمت عقب إسلامه ثبت على نكاحها وإن لم تسلم عقبه وقعت الفرقة بينهما، وكان الفراق فسخًا غير طلاق، وإن كانت مدخولاً بها فلها المهر، وإن كانت غير مدخول بها سقط مهرها بانفساخ نكاحها.

بخلاف مَن استقر في الدار بعد حلفه، فإنه لا يسمى دخولًا بلبثه.

قوله: (وإن كانت غير كتابية فإن أسلمت عقب إسلامه ثبت على نكاحها، وإن لم تسلم عقبه وقعت الفرقة بينهما، وكان الفراق فسخًا بغير طلاق، وإن كانت مدخولًا بها فلها المهر، وإن كانت غير مدخول بها سقط المهر بانفساخ نكاحها).

في كلام الشيخ بتر لقولها[١]: « وإن أسلم مجوسي أو ذمي تحته مجوسية عرض عليها الإسلام حينئذ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما، وإن أسلمت بقيت له زوجة ما لم يبعد ما بين إسلامهما، ولم يحد مالك البعد فرأى الشهر، وأكثر من ذلك قليل ليس بكثير».

واختصر ابن يونس[٢]: ورأى الشهرين وأكثر من ذلك قليلًا .

قال: وفي بعض الروايات: أن الشهر قريب، وكذلك في «كتاب ابن المواز».

قلت: وفي «النوادر»[٣]: عن «الموازية»: إن [لم][٤] توقف فحتى يمضي مثل الشهر عند ابن القاسم.

فقال أبو إبراهيم: هذا خلاف روايتي الشهر والشهرين.

ونقل اللخمي عن «الموازية» أيضًا: الشهران كثير.

فتحصل أربعة أقوال.

واختلف الشيوخ في معنى قولها، فتأولها أبو بكر ابن اللباد وأبو حفص العطار وغيرهما من القرويين على أنه غفل [عنها][٥]، وعزاه ابن الحاجب[٦] لابن القاسم.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢٤٢).

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٣٦).

(٣) «النوادر» (٤/ ٥٩١).

(٤) سقط من أ .

(٥) في ب: عنهما .

(٦) «جامع الأمهات» (ص/ ٣١٨).

فصل: في المرأة تسلم قبل زوجها الكافر:

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر كتابيًّا كان أو غير كتابي، فإن كانت مدخولاً بها فأسلم زوجها في عدتها فهو أحق بها بمجرد إسلامه من غير رجعة يحدثها، وإسلامه في عدتها كرجعة المطلق امرأته في عدتها.

وإن كانت غير مدخول بها وقعت الفرقة بينهما، وكانت فسخًا بغير طلاق، ولا صداق لها ....

ووقع لابن أبي زمنين ما يقتضي حملها على ظاهرها.

والمشهور: لا فرق بين المدخول بها وغيرها.

وقال أشهب في أحد قوليه: لا يفرق بينهما في المدخول بها حتى تخرج من العدة.

ولابن القاسم: أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة، فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة.

وما ذكره الشيخ: أن الفسخ بغير طلاق، هو نَصُّهَا[1].

وقيل: بل بطلاق، قاله ابن القاسم في «العتبية»، وبه قال ابن الماجشون.

قوله: (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر كتابي أو غير كتابي، فإن كانت مدخولًا بها فأسلم زوجها في عدتها، فهو أحق بها بمجرد إسلامه من غير رجعة يحدثها، وإسلامه في عدتها كرجعة المطلق امرأته في عدتها، فإن كانت غير مدخول بها وقعت الفرقة بينه وبينها، وكانت فسخًا ولا صداق لها).

يريد: من غير ألا يعرض عليه الإسلام كما صَرَّحَ به فيها[2].

وما ذكر الشيخ متفق عليه، صَرَّحَ به ابن [...]، وزاد في «الموازية» على ما فيها للسنة.

وفي موضع آخر: ولو كان عبدًا.

وما ذكر الشيخ من [...] هو نصها[3]، ونص أبي محمد، والبراذعي[4]، وابن

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٩٦).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٤٢).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٢٤٢).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٤٢).

وإذا أسلمت فانقضت عدتها ثم أتى زوجها فادعى أنه أسلم في عدتها لم يقبل قوله في ذلك إلا ببينة، فإذا أقام بينة على إسلامه في عدتها قبل أن تنكح ثبت على نكاحها، وإن كانت قد نكحت غيره وكان لم يدخل بها ففيها **روايتان:**

إحداهما: أن الأول أحق بها.

والثانية: أن الثاني أحق بها، وإن كانت قد دخل بها الثاني فهو أحق بها، ولا سبيل للأول إليها.

يونس[١]، ومثله ذكر ابن الحاجب[٢].

ابن عبد السلام: [إطلاق ابن الحاجب] [٣] لفظ العدة على زمن الإنظار مجاز، وإنما هو زمن استبراء على المشهور.

واعترضه [بعض شيوخنا[٤]:][٥] بأن كلامه يوهم اختصاص ابن الحاجب بهذا الإطلاق، وليس كذلك لنص من ذكر .

وما ذكر الشيخ أن إسلامه رجعة دون إحداث رجعة هو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، ولم يقم [...][٦] الشيخ : وهو قصور.

قوله: (**وإذا أسلمت فانقضت عدتها ثم أتى زوجها فادعى أنه أسلم في عدتها، لم يُقبل قوله في ذلك إلا ببينة، فإن أقام بينةً على إسلامه في عدتها قبل أن ينكح، ثبت على نكاحها، وإن كانت قد نكحت غيره ولم يدخل بها ففيها روايتان:**

إحداهما: أن الأول أحق بها.

والأخرى: أن الثاني أحق بها، وإن كان دخل بها الثاني فهو أحق بها، ولا سبيل للأول إليها).

---

(١) «الجامع» (٤/ ٣٦٣).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٩).

(٣) بياض بالأصل، والمثبت من «شرح ابن ناجي على الرسالة» (٢/ ٣٥) .

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ١٩٤) .

(٥) سقط من أ .

(٦) بياض بالأصل .

فصل: في المشرك يسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو تحته أختان:

وإذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع نسوة كتابيات فله أن يمسك أربعا منهن ويفارق البواقي، أوائل كن أو أواخر، عقد عليهن عقدًا واحدًا أو عقودًا مفترقة، وإن أسلم وعنده أختان أمسك إحداهما، وفارق الأخرى، وسواء عقد عليهما عقدًا واحداً أو عقدين.

ما ذكر الشيخ في المسألة بكمالها لم يعزه بعض شيوخنا لنقل ابن عبد البر[1]، وهو قصور.

قوله: (وإذا أسلم المشرك وعنده أكثر من أربع نسوة كتابيات، فله أن يمسك أربعًا منهن ويفارق البواقي، أوائل كنَّ أو أواخر، عقد عليهن عقدًا واحدًا أو عقودًا مفترقة، وإذا أسلم وعنده أختان أمسك إحداهما وفارق الأخرى، وسواء عقد عليهما عقدًا واحدًا أو عقدين).

قول الشيخ أعم من قولها[2]: «وإذا أسلم الحربي أو الذمي» ليتناول قول الشيخ المجوسي، كما صَرَّحَ به في «الموازية».

وما ذكر الشيخ أنه يمسك أربعًا هو المنصوص.

وقال ابن الماجشون: إنه يفسخ نكاح الأختين إذا أسلم عليهما، فألزم بعض شيوخنا عليه فسخ النكاح في مسألتنا.

وما ذكر «سواء كنَّ أوائل أو أواخر» هو المعروف، ووقع لأشهب ما يقتضي لزوم ما عقد عليه أولًا من الأربع لا ما بعد.

ويريد الشيخ بقوله: «**ويفارق البواقي**» بغير طلاق، ونَصَّ ابن حبيب على أنه بطلاق، ووقع لابن القاسم نحوه.

❋ ❋ ❋

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ١٥٤).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢١٤).

باب: في خيار الأمة تعتق تحت العبد

فصل: في الأمة تعتق تحت العبد:

وإذا أعتقت الأمة تحت العبد فهي بالخيار إن شاءت فارقت، وإن شاءت أقامت تحته، والفراق في ذلك طلاق.

وقد اختلف قوله: هل لها أن تطلق نفسها عليه تطليقتين أم ليس لها أن

باب: في خيار الأمة تعتق تحت العبد

قوله: (قال: وإذا أعتقت الأمة تحت العبد، فهي بالخيار إن شاءت فارقته، وإن شاءت أقامت تحته، والفراق في ذلك طلاق).

يريد: وكذلك مَن فيها بقية رق لنص ابن المواز بذلك.

وفي كلام الشيخ بتر لقولها(١) في «كتاب الأيمان بالطلاق»: «ويُحال بينهما إلى أن تختار».

يريد: لخيارها إذا كانت رشيدة، وأما الصغيرة فالنظر في ذلك إلى السلطان.

قال اللخمي: وكذلك إن كانت سفيهة إلا أن تبادر [باختيار](٢) نفسها، ولو رضيت بالمقام لم يلزمها ذلك على قول ابن القاسم إذا لم يكن [فيه](٣) حسن نظر، ولزمها ذلك على قول أشهب.

وفيها(٤): «عتق بعض الأمة لغو» فأخذ منها بعض شيوخنا(٥): من باب أحرى أن التدبير والكتابة وإيلادها بوطء السيد أمته الزوجة في غيبة زوجها بعد حيضة من وطئه فإنه تكون به أم ولد أنه لا خيار لها، وهو نص اللخمي عن المذهب.

قوله: (وقد اختلف قوله: هل لها أن تطلق نفسها عليه تطليقتين، أم ليس لها أن

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٨).

(٢) في أ: بخيار.

(٣) في ب: فيها.

(٤) «المدونة» (٢/ ٣٥٢).

(٥) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٢٨٣،٢٨٤).

تطلق نفسها إلاّ واحدة؟ فعنه في ذلك **روايتان**:

إحداهما: أنها بالخيار فيما توقعه من عدد الطلاق.

والأخرى: أنه ليس لها أن تطلق نفسها إلا تطليقة واحدة، وهي تطليقة بائنة ليس له بعدها رجعة.

تطلق نفسها إلا واحدةً، فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنها بالخيار فيما توقعه من [عدد][1] الطلاق.

والأخرى: أنه ليس لها أن تطلق نفسها إلا تطليقة واحدةً).

القول الثاني هو قول مالك فيها، ثم رجع إلى أن لها أن تطلق نفسها بالثلاث على حديث زبراء[2].

وأشار بعضهم إلى أنه وهم لما علم من قاعدة المذهب: أن الطلاق معتبر بالرجال.

وَوَجَّهَه الباجي[3] وغيره: بأن جهة الزوجة لما انتقل إليها الطلاق انتقل إليها العدد، والموقع له حر فوجب اعتباره.

وظاهر كلام الشيخ: أن الخلاف عن مالك فيما زاد على الواحدة ابتداءً، وهو ظاهر كلام أبي عمر، والباجي[4]، [والأول][5] لفظ المتيطي، وظاهر نقل غير واحد إنما هو بعد الوقوع .

ولفظ اللخمي: واختلف عن مالك إذا قضت باثنين، هل يلزمانه أو تكون طلقةً [ويسقط][6] الزائد؟

قوله: **(وهي تطليقة بائنة ليس له بعدها رجعة).**

ما ذكره هو المعروف.

---

(١) في ب: عدم .

(٢) انظر : «المدونة» (٢/ ١٢٥) .

(٣) «المنتقى» (٣/ ٢٨٨).

(٤) «المنتقى» (٤/ ٢٩).

(٥) في ب: وأول .

(٦) في ب : ويلزم .

فإن طلقت نفسها واحدة، ثم أعتق الزوج في عدتها فليس له عليها رجعة.

فصل: فيمن وطئها زوجها العبد قبل علمها بعتقها أو بعده برضاها أو مكرهة:

وإذا وطئ العبد زوجته بعد عتقها وقبل علمها لم يسقط خيارها، وإن وطئها بعد علمها بعتقها سقط خيارها، وكذلك إذا قبلها أو باشرها، وذلك إن كانت له مطاوعة، فأما إذا أكرهها على الوطء أو المباشرة فإنه لا يسقط خيارها، ....

وفي «الكافي»[(١)]: عن بعض أصحاب مالك: أنه رجعي.

ولابن بشير: قال بعض شيوخنا، فظاهره وإن لم يُعتق زوجها.

قوله: (فإن طلقت نفسها واحدةً ثم عُتق الزوج في عدتها، فليس له عليها رجعة، وإذا وطئ العبد زوجته بعد عتقها وقبل علمها لم يسقط خيارها، وإن وطئها بعد علمها بعتقها سقط خيارها، وكذلك إن قبَّلها أو باشرها، وذلك إذا كانت له مطاوعةً، فأما إذا أكرهها على الوطء أو المباشرة، فإنه لا يسقط خيارها).

ما ذكره هو قولها[(٢)].

وروى ابن نافع: له الرجعة إن عُتق في عدتها.

ابن نافع: ولا أقول به.

وعزاه اللخمي لرواية ابن شعبان[(٣)] **قائلًا**: هو القياس [كمن][(٤)] طلق عليه لعيبه فزال في العدة، قاله محمد.

قلت: هو قول شاذ، وليس بالمشهور، وناقض بعضهم قولها بقولها في «النكاح الثالث»[(٥)] في الذِّمِّيَّة تُسْلِم فَيُسْلِمُ زوجها في عدتها: «إنه أحق بها».

---

(١) «الكافي» (٢/ ٥٩٩).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٧٨)، و«التهذيب» (٢/ ٢٣٦).

(٣) «الزاهي» (ص/ ٤٦٤).

(٤) في أ: لمن.

(٥) «التهذيب» (٢/ ٢٥٣).

وسواء كانت عالمة بحكم الخيار لها أو جاهلة، ولا خيار لها إذا أعتقت تحت الحر.

ويجاب: بأنه لما كان المقصود فتح باب الإسلام ناسب مَن يكون أحق بها إذا أسلم في مدتها، والله أعلم.

قوله: (وسواء كانت عالمة بحكم الخيار أو جاهلة).

ما ذكره هو قولها[1]، وأحد الأقوال الثلاثة:

وروى ابن نافع: أنها تعذر بجهلها فتختار.

قال اللخمي: وهو أحسن.

وكذلك قال ابن محرز: القياس أن تعذر [لجهلها][2].

وقال ابن القصار: وإنما أسقطه مالك حيث اشتهر ولم يخف عن أمة، فأما إذا أمكن جهلها فلا، وحمله ابن الحاجب[3] على الخلاف كما قلناه.

وَضَعَّفَ بأن ابن القصار لم يقصد مخالفة مالك، وإنما أراد تقيد قوله على عادة الشيوخ.

وأقام ابن كوثر من قولها[4]: «إذا باع شريكها مالها في الشفعة، فسكتت سنة وقالت: لم أعلم أن لي الشفعة» أنها لا تصدق، وهي من المسائل التي لا يُعذر فيها الجاهل لجهله.

قوله: (ولا خيار لها إذا [أُعتقت تحت][5] الحُر).

ما ذكره هو قولها[6] بناءً على أنه إنما كان لها الخيار لنقص زوجها إذا كان عبدًا لعدم حريته.

وقيل: لأنها كانت مجبورةً على النكاح، حكاه اللخمي، قال: فعليه يكون لها الخيار

(١) «المدونة» (٢/ ٨٦).

(٢) في ب: بجهلها .

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢١).

(٤) «المدونة» (٢/ ١٠٢).

(٥) في ب: كانت .

(٦) «المدونة» (٢/ ٨٥).

وإذا أعتقت تحت العبد، ثم أعتق زوجها قبل اختيارها لنفسها سقط خيارها، ....

تحت الحُرّ.

وعزاه ابن بشير[١] لأبي حنيفة، وقال: لم يعين اللخمي قائله.

قوله: (وإذا أعتقت تحت العبد، ثم عُتق زوجها قبل اختيارها لنفسها سقط خيارها).

ما ذكره هو قولها[٢]، وهو المشهور.

وقيل: لها الخيار، قاله عليّ بن زياد.

ذكر ابن عبد السلام عن نقل بعضهم قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه.

وأقام ابن رشد في «أجوبته»[٣] من قولها: قول ابن نافع في «المدنية»: إن مَن شرط لزوجته إن غاب أكثر من ستة أشهر، فأمرها بيدها، فغاب ثمانية فلم تقض، فلما قدم أرادت أن تقضي، ليس لها ذلك.

وفي «وثائق الباجي»: أن لها الأخذ.

ومثله لبعض الشيوخ لسماع أصبغ فيمن [شرطت][٤] إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فعلمت بتزويجه عليها بعد موت التي [نزوج][٥] عليها أو طلاقها، فلها الأخذ بشرطها.

وَفَرَّقَ ابن رشد[٦] بأن في مسألة أصبغ: المرأة تخشى أن يكون تزوجه عليها يزهده فيها ويرغبه في غيرها، ومغيبه عنها لا تخشى منه ذلك، بل يرغبه فيها.

وَدَلَّ كلام الشيخ من باب أحرى أنهما لو عُتقا معًا أنه لا خيار لها، وهو نَصُّهَا، ومتفق عليه.

(١) «التنبيه» (٢/ ٨٧ب).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٧٨).

(٣) «مسائل ابن رشد» (١/ ٦٩٨).

(٤) في أ: شرطته.

(٥) في أ: زوج.

(٦) «البيان» (٨/ ٢٨٦).

وإذا كان خيارها لنفسها بعد الدخول بها فلها صداقها، فإن كان قبل الدخول بها فليس لها شيء من صداقها.

فصل: في طلاق العبد ومراجعته في يده دون سيده:

وإذا زوج الرجل عبده أو أمته فليس له أن يفسخ نكاحه، والطلاق إلى العبد دون سيده.

وإذا طلق العبد زوجته، فله الرجعة وليس للسيد منعه منها ولا إجباره عليها.

وإذا باع السيد العبد والأمة جميعًا أو أحدهما، فالنكاح والبيع صحيحان، فإذا كان المشتري عالمًا بالنكاح فهو عيب قد رضي به، وإن كان جاهلاً بالنكاح فهو عيب وله الرجعة، ولا سبيل إلى فسخ النكاح بحال.

قوله: **(وإذا كان اختيارها [بعد الدخول بها][1]، فلها صداقها، وإن كان قبل الدخول بها، فليس لها من صداقها شيء.**

وإذا زوج الرجل عبده أمته، فليس له أن يفسخ نكاحه، والطلاق للعبد دون السيد).

يريد: في المدخول بها إلا أن يشترطه السيد، ويريد في غير المدخول بها ولو قبضه السيد رده؛ لأن الفُرقة جاءت من قِبَله لتصريحها[2] بذلك في «كتاب النكاح الثاني».

قوله: **(وإذا طلق العبد زوجته فله الرجعة، وليس للسيد منعه منها ولا إجباره عليها)**.

يريد: إذا كان الطلاق رجعيًّا، وأما البائن فللسيد منعه، وسواء على ما ذكر الشيخ.

قلنا: الإشهاد في الرجعة مستحب أو واجب.

قوله: **(وإذا باع السيد العبد والأمة جميعًا أو أحدهما، فالنكاح والبيع صحيحان، فإن كان المشتري عالمًا بالنكاح، فهو عيب قد رضي به، وإن كان جاهلًا بالنكاح، فهو عيب وله الرد، ولا سبيل إلى فسخ النكاح بحال)**.

ما ذكره بيِّن.

---

(١) في ب: لنفسها قبل الدخول بها .

(٢) «التهذيب» (٢/ ١٩٦).

باب: الطلاق وقته وحكمه وسنته وصريحه وكنايته

فصل: طلاق السنة وطلاق البدعة:

قال مالك- يرحمه الله: وطلاق السنة تطليقة واحدة في طُهر من غير جماع، ولا يطلق المرء في طهر واحد ثلاث تطليقات، فإن فعل كانت الأولى للسُّنة

باب: السُّنَّة في عدد الطلاق

قوله: (قال مالك -رحمه الله: وطلاق السنة تطليقة واحدة في طهر من غير جماع).

أراد بطلاق السُّنَّة: الإباحة، وذكر الشيخ ثلاثة شروط:

الأول: أن تُطلق تطليقة واحدة.

الثاني: أن يكون طلاقه في طُهر احترازا من طلاقها في الحيض، فإنه ممنوع بإجماع.

واختلف في علة المنع منه:

فقيل: إنها لا تعتد بتلك الحيضة فيكون تطويلًا عليها في العدة.

وقيل: تعتد، وعليهما الخلاف في طلاق غير المدخول بها وهي حائض، وكذلك الحامل.

الثالث: أَلَّا يطأ في ذلك الطهر.

وبقي أربعة أخرى وهي:

كونه ألا يتبعها طلاقًا.

وكونه لم يتقدم له طلاق في حيض.

وكون المطلقة ممن تحيض.

وهذه الثلاثة زادها عبد الوهاب(١).

وزاد ابن العربي(٢) سابعًا: وهو كون المطلقة حَلّت عن [عوض](٣).

وفيما زاده خلاف.

قوله: (ولا يطلق المرء [في طهر واحد ثلاث تطليقات](٤)، فإن فعل ذلك كانت

---

(١) «المعونة» (٢/ ٨٣٤).

(٢) «العارضة» (٥/ ٣٦).

(٣) في ب: عرض.

(٤) في ب: في كل طهر طلقة.

والأخريان للبدعة وهما واقعتان، ومن طلق امرأته ثلاثًا طاهرًا كانت أو حائضًا لزمه ذلك، وكان مطلقًا لغير السنة.

الأولى للسنة، و[الأخريان للبدعة][١] وهما واقعتان).

أراد بذلك: على طريق الكراهة؛ لقولها[٢]: «ويكره أن يطلقها في طهر جامعها فيه».

واختلف في علة الكراهة على ثلاثة أقوال:

فقيل: للبس العدة عليها بماذا تكون؟ لأنها لا تدري هل تعتد بالإقراء أو بوضع الحمل؟ قاله أبو محمد بن أبي زيد[٣]، والقاضي عبد الوهاب[٤].

وقيل: لتكون مستبرأة، فتكون على يقين من نفي الحمل إن أتت بولد.

وقيل: خوف الندم أن تخرج حاملًا، فإن طلقها في طُهر جَامَعَ فيه لزمه واعتدت به، ولا يؤمر برجعتها، قاله فيها[٥].

وقال ابن كنانة: لا تعتد به.

وقال ابن عبد السلام: أظن أني وقفت على قول في المذهب: أنه يُجبر على الرجعة، ولا أتحققه الآن، فإن صحَّ وجوده فوجهه ظاهر.

قلت: قال بعض شيوخنا[٦]: لا أعرفه إلا لقول عياض[٧]: ذهب بعض الناس إلى جَبْرِهِ على الرجعة كمَن طَلّق في الحيض.

وقال خليل[٨]: حكاه بعض المغاربة.

قوله: (ومَن طلق امرأته ثلاثًا طاهرًا كانت أو حائضًا لزمه ذلك، وكان مطلقًا لغير السنة).

(١) في ب: والأخرى بائن للبدعة .

(٢) المدونة» (٢/ ٣)، و«التهذيب» (٢/ ٤٠٩).

(٣) «النوادر» (٥/ ٨٧).

(٤) «المعونة» (٢/ ٨٣٣).

(٥) «المدونة» (٢/ ٧).

(٦) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٧١) .

(٧) «الإكمال» (٥/ ٦).

(٨) «التوضيح» (٣/ ٦٦٠).

ومن طلق امرأته نفساء أو حائضًا طلقة واحدة لزمه ذلك، وكان للبدعة وأمر فيها بالرجعة وإمساك المرأة حتى تطهر، ثم تحيض، وتطهر الطهر الثاني، فإن شاء أمسك، وإن شاء طلق، قبل أن يمس، ....

ظاهره: وإن طلق ثلاثًا في كلمة واحدة، وهو كذلك على المعروف.

ونص ابن مغيث قول محمد بن بقي، ومحمد بن عبد السلام فقيه عصره، وابن زنباع وغيرهم: بأنه يلزمه طلقة واحدة في ذلك أخذًا له من مسائل متعددة فيها، من ذلك قولها[١]: «إذا تصدق الرجل بجميع ماله يلزمه منه الثلث».

وقد اختلف شيوخ القرويين في القائل: الأيمان تلزمه.

فقال أبو محمد: ثلاثًا.

وقال أبو عمران وابن عبد الرحمن: تلزمه طلقة واحدة إذا لم تكن له نية.

وقال المازري: نصرهم ابن مغيث لا أغاثه الله.

وفي دعائه عليه نظر؛ لأنه -رحمه الله- لم يذكر ما ذكره بالتشهي بل بما ظهر له من الاجتهاد، فهو مأجور سواء أصاب أم أخطأ.

ويرد أخذه من قولها[٢]: «بأن باب الأيمان أشد».

وبيانه: أنه لو أُخّر حتى غيب جميع ماله، لأصابه الحرج والضيق الشديد، ولاسيما إذا كان ذا مال طائل و[عيال][٣] كثيرة ولا صنعة له، ووجود مثل زوجته أو أحسن منها موجود في كل زمان بلا تكلف.

وكذلك مسألة «الأيمان تلزمه»، يحتمل أن يكون الشيخان رأيا فيها أن القائل ذلك إنما يتناول لفظه لزوم الطلاق ظاهر لا نَصًّا، فأشبه ما إذا قال: أنت طالق، فإنه يلزمه طلقة واحدة لا ثلاث، بخلاف مسألتنا فإنه صرح فيها بالطلاق الثلاث، والله أعلم.

قوله: (ومَن طلق امرأته نفساء أو حائضًا طلقة واحدة لزمه ذلك، وكان طلاقه للبدعة، وأُمر فيها بالرجعة وإمساك المرأة حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر الطهر الثاني، فإن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس).

---

(١) «المدونة» (١/ ٥٧٤).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٦٤).

(٣) في ب: منضمة.

ويطلق الحامل والكبيرة اليائسة من الحيض، والصغيرة من شاء طلقة واحدة، ولا يتبعها طلاقًا في العدة، وله الرجعة ما دامت في العدة.

فصل: في صريح الطلاق وكنايته:

والطلاق صريح وكناية ..

فصريحه: أنت طالق، أو الطلاق لي لازم، أو عَلَيَّ الطلاق، وأنا طالق منك، كل هذا صريح.

ما ذكر من لزوم الطلاق هو المشهور.

وقال بعض البغداديين: لا يلزمه، نقله خليل[1].

وأراد بقوله: «وأُمر فيها بالرجعة» أي: جُبر لتصريحها[2] بذلك.

وقال بعض شيوخ المذهب: إلى أنه يُؤمر ولا يُجبَر كما قاله الشافعي وغيره.

قوله: (**وتُطلق الحامل والكبيرة اليائسة من الحيض والصغيرة متى شاء طلقةً واحدةً، ولا يتبعها طلاقًا في العدة، وله الرجعة ما دامت فيها**).

ما ذكره في الحامل هو قول ابن شعبان[3] وأبي عمران وعبد الحق[4].

وقال ابن القصار: إنها لا تُطلق في الحيض، وهو جار على التعبد، ولو طلقها في دم بيِّن بَيْنَ توأمين فهو كدم حيضها، وكذلك اختلف في طلاق غير المدخول بها على قولين.

قوله: (**[والطلاق صريح وكناية]**[5]**، فصريحه: أنت طالق، أو الطلاق لي لازم، أو عليَّ الطلاق، أو أنا طالق منك، كل هذا تصريح**).

اختلف في صريح الطلاق ما هو؟

---

(١) «التوضيح» (٣/ ٦٤٦).

(٢) «المدونة» (٢/ ٦).

(٣) «الزاهي» (ص/ ٤٨١).

(٤) «تهذيب الطالب» (٢/ ٥٧أ).

(٥) سقط من ب.

وكنايته: أنت عَلَيَّ حرام، أو بتة، أو بائن، أو خلية، أو برية، أو حبلك على غاربك، أو اعتدّي، أو قد خليتك، أو قد تركتك، كل هذا كناية طلاق، وبعضه أشد حرمةً من بعض، فأما الحرام، والخلية، والبرية، والبائن، والبتة فإنهن كناية عن

فقيل: ما فيه صيغة طلاق مثل: أنت طالق، قاله عبد الوهاب[1]، وهو الذي دَلّ عليه كلام الشيخ.

وقيل: بزيادة خمسة ألفاظ وهي: سَرَّحْتُك، وفارقتك، وأنت حَرَام، وبتة، وَبَتَلتِ، قاله ابن القصار.

وسبب الخلاف: هل المعتبر كونه لغة الخالص أو اعتبار كونه لغة البين[2]؟

واستشكل القرافي[3] قول الفقهاء: «إن الصريح ما فيه الطاء واللام والقاف» بأنه يبطل باتفاقهم على أنه لا يلزم الطلاق لمن قال لزوجته:أنت [مطلقة إلا بنية، وأشار إلى أنه إنما لم يلزمه ذلك بأنت][4] [مطلقة][5]؛ لأن الأصل كان لا يلزم بقوله: أنت طالق طلاقًا؛ لأنه خَبَر والخَبَر لا يلزم به طلاق، وإنما يلزم بالإنشاء، لكن العُرف نقل «أنت طالق» إلى إنشاء الطلاق، ولم يقل أنت منطلقة.

قوله: (وكناية أنتِ عليَّ حرام، أو بتة، أو بائنة، أو خلية، أو برية، أو حبلك على غاربك، أو اعتدِّي، أو قد خليتك، أو تركتك، هذا كله من كنايات الطلاق ، وبعضه أشد تحريماً من بعض).

يعني: كنايته الظاهرة، فلا يقبل دعواه أنه لم يرد به الطلاق كالصريح، وأما الكناية الخفية مثل: اذهبي، وانصرفي، فيقبل دعواه في نفي الطلاق وعدده.

قوله: (فأما الحرام والخلية والبرية والبائن والبتة فإنهن كنايات [عن][6] .....

---

(١) «الإشراف» (٢/ ٧٤٣).

(٢) مقدار نصف سطر غير واضح وانظر هذه المسألة بكمالها عند ابن عرفة في «المختصر الفقهي» (٦/ ١١٩-١٢٠) فإن المصنف نقلها من هناك، والله أعلم .

(٣) «الفروق» (٣/ ١٩١).

(٤) سقط من ب.

(٥) في ب: منطلقة .

(٦) في ب: من .

الثلاث في المدخول بها، وينوي فيما أراد بذلك من العدد في غير المدخول بها.

الثلاث في المدخول بها، ويُنوى فيما أراد بذلك من العدد في غير المدخول بها).

أراد بقوله: «الحرام» ما إذا قال: أنت حرام، وأنت عليَّ حرام، والحال عليَّ حرام، لتصريح ابن العربي[(١)] واللخمي بذلك، [قالا: ولا][(٢)] يلزمه في قوله: عليَّ حرام، إذا لم يقل: أنت، ولا في قوله: الحلال حرام، إذا لم يقل: عليَّ.

وما ذكر الشيخ أنه يُنَوَّى في الحرام في غير المدخول بها هو قولها[(٣)]، وهو المشهور، وأحد الأقوال السبعة:

وقيل: يُنَوَّى مطلقًا، قاله مالك وجماعة من أصحابه.

وقيل بعكسه: لا يُنَوَّى مطلقًا، قاله عبد الملك.

وقيل: هي للتي لم يدخل بها واحدة، وللمدخول بها ثلاثًا، قاله أبو [مصعب][(٤)] ومحمد بن عبد الحكم.

وقيل: واحدة بائنة وإن كانت مدخولًا بها، قاله مالك أيضًا.

وقيل: واحدة رجعية، قاله عبد العزيز بن أبي سلمة.

وقيل: لا يلزم فيها شيء، قاله أصبغ، نقله عياض في «الإكمال»[(٥)].

وظاهر كلام الشيخ كظاهرها: أنه لا يُنَوَّى بعد البناء ولو كان مستفتيًا، وهو ظاهر كلام اللخمي، والباجي[(٦)]، والمازري وغيرهم.

وقال ابن سحنون: قال بعض أصحابنا: إن جاء مستفتيًا فله نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

ومثله لابن رشد[(٧)]، وأطلق الأكثر فرض المسألة، وَقَيَّدَها اللخمي بكونه أراد الطلاق، فيسقط السابع.

---

(١) «المسالك» (٥/ ٥٥٣).

(٢) في ب: فالألى.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٣٠١).

(٤) في ب: حفص.

(٥) «الإكمال» (٥/ ٢٥).

(٦) «المنتقى» (٤/ ٩).

(٧) «البيان» (٥/ ٢٨٢).

وقد قيل في البتة خاصة من دون سائر الكنايات أنه لا يُنوى فيها في المدخول بها ولا غير المدخول بها.

وَعَبَّر عنها المازري[١] أولًا بقوله: أنتِ عليَّ حرام.

وثانيها بقوله: الحلال عليَّ حرام.

قوله: (وقد قيل في البتة خاصة من بين سائر الكنايات أنه لا يُنوى فيها في المدخول بها ولا غير المدخول بها).

وزعم خليل[٢] أن هذا القول هو قولها[٣]، وليس كما ذكره، بل لا يُنَوَّى في قوله: «حبلك على غاربك» على ظاهرها.

وما زال أشياخنا ينبهون أن قولها[٤] يُنَوَّى في الكنايات كلها، إلا في هاتين المسألتين، وإليهما أشار أبو إبراهيم بقوله: تأمل في الكنايات مسألتين لا يُنَوَّى فيهما.

وسبب الخلاف: هل النية تتبعض أم لا؟

وجعل ابن بشير[٥] المشهور ما فيها، وجعل ابن الحاجب[٦] القول الأول هو المشهور فيها وفي سائر الكنايات.

قال خليل[٧]: ومثله للشيخ عبد السلام بن [غالب][٨] في «وجيزه».

ولما نقلتُ هذا في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ استغرب نقل خليل عن الشيخ ابن غلاب؛ لأنه كالمطرح عند أشياخنا لكونه ينفرد بنقل مسائل لم توجد لنقل غيره، ومثل هذا عندي لا يُطعن به؛ لأن الشيخ كبير القدر، ومَن حفظ مُقَدَّمٌ

---

(١) «المعلم» (٢/ ١٩٤).

(٢) «التوضيح» (٣/ ٦٥٦).

(٣) «المدونة» (٢/ ٢٨٨)، و«التهذيب» (٢/ ٣٠٥).

(٤) «المدونة» (٢/ ٢٨٨).

(٥) «التنبيه» (٢/ ٥٧ب).

(٦) «جامع الأمهات» (ص٢٩٦).

(٧) «التوضيح» (٣/ ٦٥١).

(٨) في أ: عبد الغالب، والمثبت هو الصواب، وهو عبد السلام بن غالب المسراتي، أبو محمد القيرواني، توفي سنة ٦٤٦ هـ.

وأما قوله: اعتدّي، أو خليتك، أو تركتك، أو حبلك على غاربك، فإنه يُنَوَّى فيها مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، وقد اختلف قوله في الفراق إذا قال: قد فارقتك هل هو صريح أو كناية؟ فإذا جعلناهُ صريحًا فهو كقوله: أنت طالق، وإن جعلناه كناية لزم به الطلاق ورجع إلى نيته في عدده في المدخول بها وغير المدخول بها، وكذلك السُّراح، إذا قال: قد سرحتك.

فصل: في نية الزوج في الطلاق:

إذا قال الرجل لامـــرأته: أنت طالق فهي واحدة إلا أن ينـــوي أكثر من

على مَن لا يحفظ، وقبره عندنا بجبانة الشيخ أبي الحسن القابسي مزار.

قوله: (**وأما قوله: اعتدِّي، أو قد خليتك أو تركتك، أو حبلك على غاربك، فإنه يُنوى فيها مدخولًا بها كانت أو غير مدخول بها**).

يعني: أنه يلزم الثلاث إلا أن ينوي واحدة.

واختلف إذا قال: أنتِ طالق فاعتدي:

فقيل: يلزمه طلقتان إلا أن ينوي واحدة، قاله في «المجموعة».

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه إلا طلقة واحدة.

قال اللخمي: هو أبين؛ لأنه رجل طلق زوجته طلقة وأمرها أن تعتد.

وفي«المجموعة»: لو قال لها: أنتِ طالق واعتدِّي، كانت طلقتان ولا يُنَوَّى، واختار اللخمي واحدة.

قوله: (**وقد اختلف قوله في الفراق إذا قال: قد فارقتك هل هو صريح أو كناية؟ فإذا جعلناه صريحًا فهو كقوله: أنتِ طالق، وإن جعلناه كناية لزم به الطلاق ورجع إلى نيته في عدده في المدخول وغير المدخول بها**).

يعني: على قوله: صريح في الطلاق يلزم واحدة إلا أن ينوي أكثر، وعلى قوله: إنه كناية يلزم الثلاث إلا أن ينوي واحدة، وسواء دخل بها أم لا .

ولمالك قول ثالث: بأنه يلزمه الثلاث ولا يُنوى في المدخول بها وغيرها.

وعنه: لا يُنَوَّى في المدخول بها [فقط][1].

قوله: (**وإذا قال الرجل لامرأته: أنتِ طالق، فهي واحدة إلا أن ينوي أكثر من**

---

(١) سقط من ب .

ذلك فيلزمه ما نواه، فإن أراد بالطلاق ثلاثًا لزمه ذلك، ولو قال لها: أنت طالق، وقال: أردت طلاقًا من وثاق أو طلق الولادة، لم يقبل ذلك منه إلاّ أن تكون هناك حالة تدل على صدقه.

فصل: في مدلول بعض ألفاظ الطلاق:

ولو قال لامرأته: أنت طالق طلاقًا لا رجعة لي معه، طلقت ثلاثًا.

ذلك فيلزمه ما نواه، فإذا أراد طالق ثلاثًا لزمه ذلك).

[ظاهره : أنه لا يمين عليه فيما إذا قال: لم أنو، وهو كذلك على أحد القولين، وهو مع النية مطلق باللفظ والنية عند مالك وأصحابه وعند بعض أهل العلم مطلق بالنية فقط .

قال اللخمي: وقولها: مع عدم النية يعارضه قولها في «الأيمان والنذور» : من قال: إن فعلت كذا فعليَّ هدي ، فإن نوى شيئًا فهو ما نوى وإلا فعليه بدنة، وقولها في «كتاب الصيام»[١] : ومن نذر شهورًا غير معينة فإن صامها للأهلة فكان الشهر تسعًا وعشرين أجزأه، وما صامه لغير الأهلة أكمله ثلاثين فلم يقتض في المسألة الأولى على أقل مطلق الهدي - وهو شاة - ولم يقتض في الثانية على تسعة وعشرين يومًا إذا صام لغير الأهلة مع أن الشهر يكون كذلك ويكون ثلاثين ، وخذ هنا بأول أسماء الطلاق وهو طلقة وكان الأحوط أن يلزمه الإمضاء وهو الثلاث مع عدم النية فتدبره][٢].

قوله :(ولو قال لها: أنتِ طالق، وقال: أردت من وثاق أو طلق الولد، لم يقبل قوله إلا أن يكون هناك حال يدل على صدقه).

ذكر فيها مسألة الوثاق، وأطلق القول فيها، وقيدها مطرف بما ذكر الشيخ، وأكثر الشيوخ على أنه وفاق.

وقيل: خلاف.

قوله: (ولو قال لامرأته: أنت طالق طلاقًا لا رجعة لي معه، طُلقت ثلاثًا).

---

(١) سقط من أ .

(٢) «المدونة» (١/ ٢٨٢)

ولو قال لها: أنت طالق طلقة واحدة لا رجعة لي فيها، كانت طلقة واحدة وله الرجعة.

ما ذكر الشيخ لا خلاف فيه.

قال اللخمي: لأنه صفة للطلاق.

وكذلك قال ابن عبد الحكم: لو قال: أنت طالق لا رجعة، فإنه يلزمه البتات؛ لأنه صفة.

قوله: (ولو قال لها: أنت طالق [طلقة][1] واحدة لا رجعة لي فيها، كانت واحدة وله الرجعة).

ما ذكر مثله فيها[2].

قال الشيخ أبو القاسم بن الكاتب: مسألة ابن عبد الحكم ليست كمسألتها؛ لأن مسألتها قد بَيَّنَ أنه إنما طلقها طلقة واحدة، وفي مسألة ابن عبد الحكم لم يَذْكُر طلقة، وإنما قال: أنت طالق لا رجعة لي عليك، فهي البتات.

وأخذ من [قوله][3] ثلاثة فروع:

الأول لابن العربي[4]: فيمن طلق امرأته تطليقة تملك نفسها أنها رجعية.

الثاني لبعض شيوخنا: فيمن أوصى وأشهد في وصيته أنه لا رجوع له فيها أنه يرجع، وهو أحد القولين.

الثالث لابن العطار: فيمن قال: أنت طلق من [الأرنب في الفحص][5] في كذا أنها رجعية، ولا دليل له في ذلك ؛ لأن قوله: «ولا رجعة لي عليك» مناقض لقوله: «أنت طالق»، فهو شبه الشرط المنافي لمقتضى العقد، كما إذا شرط في العارية التي لا يغاب عليها الضمان فإنه يسقط شرطه، حسبما صَرَّحَ به فيها في «كتاب الرهون»[6]،

---

(١) سقط من ب.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٠٩).

(٣) في ب: قولها .

(٤) «المسالك» (٥/ ٥٥٩).

(٥) في أ: الأبة في محضر .

(٦) «التهذيب» (٢/ ٣٠٩).

ولو قال لها: أنت طالق طلقة بائنة أو خلية أو برية أو بتة، لزمه الطلاق الثلاث في ذلك كله، ولو قال لها: أنت طالق طلاق الخلع، لزمه الثلاث.

فصل: في عدد الطلاق للحر والعبد:

وعدد الطلاق معتبر بالرجال، فيكمل بالحرية في الأحرار، وينقص بالرق في العبيد، فطلاق الحر ثلاث، كانت زوجته حرة أو أمة، وطلاق العبد اثنتان، كانت زوجته حرة أو أمة.

ولفظه في مسألتها يدل على الطلاق الثلاث بذاته، وهو قول [ابن][(١)] عتاب لما نزلت بقرطبة، واختاره ابن حدير.

قوله: (**ولو قال لها أنت طالق طلقة بائنة أو خلية أو برية أو بتة، لزمه الطلاق الثلاث في ذلك كله**).

قال ابن العربي: والفرق بين قولها في: «أنت طالق بائن» أنه يلزمه الثلاث، وبين ما فوقه: أن «بائنة» من كنايات الطلاق، بدليل أنها لو انفردت تلزم الثلاث، «ولا رجعة لي عليك» ليس من كناياته ولا من صريحه، بدليل أنها لو انفردت لم توجب حكماً.

وقال محمد بن عبد الحكم: إنها رجعية.

وهو يناقض ما تقدم له.

قوله: (**ولو قال لها: أنت طالق طلاق الخلع لزمه الثلاث**).

ما ذكر هو أحد الأقوال الثلاثة:

وقيل: طلقة بائنة فقط.

وقيل: رجعية.

وكل هذا في المدخول بها، وأما غيرها فإنها يلزمه واحدة بلا خلاف.

قوله: (**وعدد الطلاق معتبر بالرجال، فيكمل بالحرية في الأحرار،وينقص بالرق في العبيد، وطلاق الحر ثلاث كانت زوجته حرة أو أمة، وطلاق العبد اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة**).

---

(١) في أ: لابن.

فصل: في طلاق الصبي، والمجنون، والمغمى عليه والسكران، والمكره، والعبد، والمشرك:

ولا طلاق على صبي في صغره، ولا مجنون في جنونه، ولا مغمى عليه في مرضه، ولا طلاق على مكره.

يعني: أن العبد طلاقه طلقتان؛ لأن نِصْف طلاق الحُرِّ: طلقة ونصف، فتكمل عليه الطلقة فيكون طلاقه طلقتين.

واستشكل ابن عبد السلام كون طلاقه ما ذكر، وقال: مقتضى القاعدة واحدة، فإن موجب نقصه عن الثلاث عندهم تشطير طلاقه لرقه، [وكان][1] كقول الحر: أنت طالق بشطر الطلاق، فيلزمه بمطابقة لفظه طلقة ونصف طلقة، [تكمل][2] عليه فيلزمه طلقتان الباقي له طلقة واحدة، فكذا العبد؛ لأن رقه الموجب لتشطيره كلفظ الحر [الموجب][3].

وأجابه بعض شيوخنا[4]: بأن الرق لا يوجب تشطير الطلاق، وإنما يوجب تشطير عصمة الحر.

قوله: (ولا طلاق على [صبي في صغره][5]، ولا مجنون في جنونه، ولا مغمى عليه في مرضه).

ظاهره: ولو كان طلاق الصبي معلقًا وحنث بعد البلوغ، وهو كذلك على المشهور، خلافًا لابن كنانة.

قوله: (ولا طلاق على مكره).

ظاهره: سواء كان الإكراه في القول أو الفعل الذي يجب به، وهو كذلك.

---

(١) في ب: فكان.

(٢) في أ: نكمل.

(٣) في ب: له.

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ١٣٩).

(٥) في ب: الصغير في صغره.

وطلاق السكران لازم له، وكذلك إعتاقه.

وقيل: إنما الإكراه في القول خاصة.

وظاهره: وإن ترك التورية مع معرفتها وهو كذلك.

وقال اللخمي: يجب بذلك.

فعدَّه ابن بشير(١) خلاف المذهب، وتبعه ابن الحاجب(٢)، وظاهر كلام ابن شاس(٣).

وقال خليل(٤): الظاهر أنه تقييد، ونحوه لابن عبد السلام.

ويريد الشيخ: ما لم يكن الإكراه شرعيًّا، فإن كان فإنه يحنث خلافًا لسحنون.

قوله: (وطلاق السكران لازم له وكذلك إعتاقه).

ولا خصوصية لما ذكره الشيخ لقولها، ويلزم السكران طلاقه [وحلفه](٥) وعتقه، وإن قَتل قُتل، وقد أخذ عياض من لزوم حلفه لزوم بيعه، وهو أحد القولين.

وَرَدَّه شيخنا - حفظه الله تعالى - بأن الخلع بالغرر جائز، فالأصل فيه الإرسال دون عوض، فلا يلزم من جواز حلفه بيعه.

وَأَعْجَبَ رده شيخنا أبا مهدي - رحمه الله تعالى - لما نقلته له.

وظاهرها: وإن كان لا يميز الأرض من السماء ولا الرَّجُل من المرأة، وهو كذلك على ظاهر كلام الأكثر.

وقال ابن رشد(٦): إن كان كذلك فهو كالمجنون اتفاقًا، إلا في الصلاة ففي قضائه خلاف.

---

(١) «التنبيه» (٢/ ٥٧ب).

(٢) «جامع الأمهات» (ص٢٨٠).

(٣) «عقد الجواهر » (٢/ ٥١٩).

(٤) «التوضيح» (٣/ ٦٥٣).

(٥) زيادة من ب.

(٦) «البيان» (٤/ ٢٥٨).

والطلاق بيد العبد دون السيد، ولا طلاق للمشرك.

❋ ❋ ❋

وأما النشوان. وهو الذي معه شيء من التمييز. ففيه أربعة أقوال:

فقيل: يلزمه كل شيء، قاله ابن نافع.

وعكسه، قاله ابن عبد الحكم.

وقيل: يلزمه الأفعال دون الأقوال، قاله الليث بن [سعد][1].

وقيل: يلزمه الطلاق والجنايات والعتق والحدود، ولا يلزمه الإقرارات والعقود، قاله مالك.

وذكر المازري: قول ابن عبد الحكم رواية شاذة.

❋ ❋ ❋

---

(١) في ب: سعيد.

باب: الرجعة في الطلاق

فصل: في الطلاق الرجعي:

ومن طلق امرأته واحدة أو اثنتين بعد الدخول بها، فله الرجعة عليها ما دامت في العدة، فإن انقضت العدة سقطت الرجعة، وكان خاطبًا من خطابها، يتزوجها إن شاءت وشاء، قبل زوج أو بعده.

باب: الرجعة في الطلاق

قوله: (ومَن طَلَق امرأته واحدة أو اثنتين بعد الدخول بها، فله الرجعة عليها ما دامت في العدة، فإذا انقضت العدة سقطت الرجعة وكان خاطبًا من خطابها، يتزوجها إن شاءت وشاء قبل زوج أو بعده).

يريد بقوله: «**أو اثنتين**» في غير العبد كما تقدم.

ابن الحاجب[١]: الرجعة: رَدّ المعتدة عن طلاق قَاصِرٍ عن الغاية ابتداءً غير خلع بعد دخول ووطء جائز[٢].

ابن راشد[٣]: احترز بالمعتدة عن المطلقة قبل البناء، ولا خلاف أنه لا رجعة له فيها.

وبقوله: «عن طلاق قاصر [عن الغاية» عن المطلق][٤] ثلاثًا أو اثنتين إن كان عبدًا.

وبقوله: «ابتداء» عن الذي يتقدم له فيها طلقتان ثم يطلق واحدة.

وبقوله: «غير خلع» عن المختلعة؛ إذ لا رجعة له فيها.

وقوله: «بعد دخول» حشو؛ إذ لا عدة إلا بعد دخول إلا في الوفاة.

وبقوله: «ووطء جائز عن الذي يدخل بزوجته ويطؤها في الحيض أو في نهار

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٠٣).

(٢) وقال ابن عرفة: «الرجعة: رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها». اهـ، «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٢٨٢).

وانظر هناك رد ابن عرفة لتعريف ابن الحاجب هذا.

(٣) «لباب اللباب» (ص/ ١٣٣).

(٤) في ب: إلغائه عن المطلقة .

فإن طلقها ثلاثًا حرمت عليه، ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

وإن خالعها على عوض لزمته تطليقة بائنة، ولم تكن له رجعة في العدة، وله نكاحها وبعدها قبل زوج أو بعده.

رمضان أو أحدهما محرم ثم يفارقها، فإنه لا رجعة له عند ابن القاسم خلافًا لابن الماجشون.

وَنَسَبَ ابن عبد السلام ما ذكر من الحشو لنفسه كعادته.

قوله: (فإن طلقها ثلاثًا [حرمت عليه][١]، ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره).

اختلف في معنى قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] هل المراد بالنكاح العقد مع الوطء أم العقد كاف؟ فالمعروف هو الأول.

وذهب سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ـ رضي الله عنهما ـ إلى أن العقد كاف.

وحكاه أبو عمران الفاسي عن أبي الحسن بن اللبان الفرضي البغدادي، وأخذ المغربي مثله من قول أشهب فيها[٢] في «النكاح الثالث».

وقال أشهب في «كتاب الاستبراء»: [عقدة][٣] النكاح تحريم للأمة كان يطؤها أم لا.

ذكر قول أشهب هذا فيها إذا وطئ أمة بملك ثم تزوج أختها.

ويُرد: بأن قول أشهب في باب ما يحظر به، ومسألتنا في باب ما يباح به الشيء، وما يباح به الشيء أشد، يدل عليه «باب الأيمان» في قولهم: يحنث بالأقل ولا يبرأ إلا بالجميع، ونَصّ على هذا المعنى أبو محمد بن أبي زيد[٤] ـ رحمه الله تعالى ـ مستدلًّا على قاعدة البر، والحنث بالفرق بين المبتوتة فإنها لا تحل إلا بالوطء وبين ما نكح الآباء والأبناء فإن العقد فيه كاف.

قوله: (وإن خالعها على عوض لزمته تطليقة بائنة، ولم تكن له رجعة في العدة، وله نكاحها في العدة وبعدها قبل زوج أو بعده).

---

(١) سقط من ب.

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٩).

(٣) في ب: عقد.

(٤) «النوادر» (٤/ ٥٨١).

فصل: في طلاق الخلع:

وطلاق الخلع بائن، وطلاق المؤلي، رجعي.

قال فيها[١]: لأن الماء ماؤه، وهذا هو المعروف.

وقال ابن عبد البر[٢]: وقالت فرقة من المتأخرين: لا يتزوجها هو ولا غيره في [العدة][٣]، فَشَذُّوا عن الجماعة.

قلت: وعلى الأول فالمراد: ما لم تكن حاملًا [ومثقلا][٤] فلا يجوز؛ لأنها مريضة لنص ابن القاسم بذلك في «العتبية».

قوله: (وطلاق الخلع بائن وطلاق المؤلي رجعي).

إنما كرر ذلك ليدخل فيه ما لو كان المعطي للزوج غير الزوجة ، وهو نص قول غير واحد كابن بشير[٥] الخلع [عوض][٦] من الزوجة أو غيرها، وذكره الشيخ بعد في قوله: ولو قال رجل لرجل: طلق امرأتك ولك عليَّ ألف درهم ففعل لزمه ذلك.

وكذلك قال فيها[٧]، والمراد: وتلزمه طلقة بائنة.

قلت: وبه شاهدت شيخنا - حفظه الله تعالى- يفتي: وإن قصد به إضرار الزوجة.

قال: وبه يستحيل عليَّ إسقاط موجبات الطلاق الرجعي.

وفيه عندي نظر؛ لقولها في «النكاح الأول»[٨]: «وإذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فُسخ النكاح وأتبعته بمهرها، وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها».

قال سحنون: إلا أن يرى أنها وسيده [اغتزيا][٩] فسخ نكاحه فلا يجوز ذلك،

(١) «المدونة» (٢/ ٢٤٦)، و«التهذيب» (٢/ ٣٨٥).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٨٣).

(٣) في ب: عدتها ، وفي أ: عدة، والمثبت من «الاستذكار» .

(٤) في ب: وتثقل .

(٥) «التنبيه» (١/ ٢٦١).

(٦) في ب: بعوض .

(٧) «التهذيب» (٢/ ٢٥٣).

(٨) «التهذيب» (٢/ ١٦٩).

(٩) في ب: «اغتبريا»، وفي أ: «اعتريا»، والمثبت هو الصواب، معناه: قصدا .

فصل: في طلاق العنّين:

وطلاق العنين بائن.

فصل: في طلاق المعسر بالصداق:

وطلاق المعسر بالصداق بائن، وطلاق المعسر بالنفقة رجعي، ورجعة المولى لا تصح إلاّ بالوطء، إلا أن يكون له في تركه عذر.

وتبقى له زوجةً.

وقول سحنون تفسير بلا خلاف، فعلى قولها هذا يقتضي إذا كان خلع الزوج مع الأجنبي إنما هو لما ذكر من إسقاط توابع النكاح فلا أثر له في إسقاطها فتدبره.

قوله: (وطلاق العنين بائن).

لا مفهوم لقوله: «**العنين**» بل كل مَن طُلِّق عليه لعيب فإنه جائز، ولو كان بعد البناء؛ لسماع يحيى ابن القاسم: «إن طلقت امرأة المجنون نفسها لتمام أجله فهي طلقة بائنة».

ابن رشد[1]: هذا معلوم المذهب؛ لأن كل طلاق يحكم به الإمام [فهو بائن إلا المولى والمعسر بالنفقة.

وقال التونسي: تطليق الإمام][2] على المجنون والمجذوم والمبروص رجعي، ولا إرث بينهما قائم في العدة، ومَن صح من دائه فله الرجعة.

وقوله صحيح إلا أنه خلاف المعلوم من المذهب، وهو نحو سماع عيسى ابن القاسم في الأمة تختار نفسها فيموت زوجها في عدتها ترجع لعدة الوفاة.

قوله: (وطلاق المعسر بالإنفاق رجعي، ورجعة المولي لا تصح إلا بالوصي إلا أن يكون له في تركه عذر).

لفظة «**رجعي**» يقتضي أنه دخل بها، ويؤيده قوله: «ورجعة المعسر».

وأما لو لم يدخل بها وطلق عليه الحاكم بالإعسار فإنه بائن.

---

(١) «البيان» (٥/ ٤٤١).

(٢) سقط من ب.

ورجعة المعسر بالنفقة لا تصح إلا باليسر، ورجعة غيرهما من المطلقين تصح بمجرد القول.

فصل: في صفة الرجعة في الطلاق:

الرجعة صحيحة بغير شهادة، ....

وهو قول مالك في «نكاحها الثاني»(١): «وإن أيسر الزوج في العدة ارتجع إن شاء».

فمفهومه: أن الطلاق قبل البناء لا رجعة له فيها، لما قد علمت أن المطلقة قبل البناء لا عدة عليها.

وقال أبو إبراهيم: انظر في «كتاب ابن الجلاب» فإنه [سواء](٢) قبل الدخول وبعده.

ونقلها أبو عمر بن عبد البر في «الكافي»(٣) كذلك، ورواه عن مالك، وقال: لا أدري ما هذا.

قلت: وما نسبه الشيخ صَرَّحَ به بعد ويأتي تأويله، ولذلك قال بعض شيوخنا: وما نقله عن ابن الجلاب وهمٌ،إنما فيه مثل ما فيها(٤).

قوله: **(ورجعة المعسر بالنفقة لا تصح إلا باليسر، ورجعة المطلقين غيرهما تصح بمجرد القول).**

قيل: ترجع بشرط أن يجد ما ينفقه في نصف شهر.

وقيل: في شهر.

وقيل: ما كان فرض عليه لابن مزين وابن القاسم وابن حبيب في عزو المتيطي.

فصل: في صفة الرجعة في الطلاق :

قوله: **(والرجعة صحيحة بغير شهادة).**

يعني: إنما الإشهاد إنما هو مستحب، فالرجعة تصح دونه، وهذا هو المشهور.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١٥).

(٢) في أ: سوَّى .

(٣) «الكافي» (٢/ ٥٨٢).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢١٧).

....

وقيل: إنه واجب، رواه بكر القاضي[١]، [وقاله ابن بكير] [٢]وغيره.

وقيل: إن كان الطلاق بشهود فلابد من الشهادة على الرجعة ليدفع على نفسه الحد إذا وجد معها بعد العدة، وادعاء الرجعة ولم يعلم له بها خلوة في العدة، حكاه أبو إبراهيم والمغربي.

وفي«طرر ابن عات»: حكى ابن مغيث: أنه لا يكون الشهود في الرجعة، إلا الذين كانوا في الطلاق.

وفيها[٣] في «كتاب العدة وطلاق السنة»: «ومَن طلق فليُشهد على طلاقه وعلى رجعته».

وظاهره الوجوب؛ لأن أوامرها محمولة على ذلك، وقول المغربي يحتمل الوجوب والندب بعيد.

وفيها[٤] بإثره: قال مالك في التي منعته نفسها وقد ارتجع حتى يُشهد: قد أصابت.

قال بعض شيوخنا[٥]: فظاهرها وجوب الإشهاد؛ إذ لا يُمنع ذو حق من حقه الواجب [لأمر][٦] غير واجب.

قال: [وقلته لابن][٧] عبد السلام فلم يقبله، ولا وجه لإنكاره.

---

(١) هو بكر بن محمد بن العلاء، أبو الفضل، روى عن إسماعيل القاضي، وحَدَّث عن أصحابه، كان من كبار فقهاء المالكية بمصر، أَلَّف كتاب الأحكام المختصر من كتاب إسماعيل القاضي بالزيادة عليه، توفي بمصر سنة ٣٤٤هـ.
«ترتيب المدارك» (٥/ ٢٧٠).

(٢) سقط من ب.

(٣،٤) «التهذيب» (٢/ ٣٧٦).

(٥) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٢٩٨) .

(٦) في ب: لا من

(٧) سقط من ب.

وتصح بالقول والفعل إذا أراد به الرجعة، وذلك مثل أن يطأها أو يباشرها وينوي بذلك رجعتها،..

قلت: [و][١] قال ابن عبد السلام في «شرحه»: ظاهرها نفي الوجوب.

وما ذكره جلي؛ لأن ظاهرها لو لم تمنعه لجاز لها، فالإشهاد من حقها لأجل الميراث، ولو كان واجبًا لحق الله تعالى لما جاز.

وكان شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ ينتصر لابن عبد السلام [بأنه][٢] لا مانع أن يكون الإشهاد مستحب، [ولها][٣] المنع كأحد القولين في التأديب في ترك السُّنَّة ولما ذكرناه.

قال المغربي: انظر هل يؤخذ منها أن الإشهاد واجب أو مستحب؟ لأن المصاب أعم من أن يكون مستحبًّا أو واجبًا.

قوله: (وتصح بالقول والفعل إذا أراد به الرجعة، وذلك مثل أن يطأها أو يباشرها، وينوي بذلك رجعتها).

ما ذكر أن الفعل يفتقر معه إلى نية الرجعة هو المشهور.

وقال ابن وهب والليث بن سعد: إنه لا يفتقر إليها.

وظاهر قول الشيخ: أن القول لا يفتقر معه إليها كما إذا قال: ارتجعتك، وهو المشهور.

وقال أشهب: لابد منها.

فإذا جمعت المسألتين قلت ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يفتقر إليها فيهما، وهو قول أشهب؛ لأنه إذا كان يفتقر إليها مع القول فأحرى مع الفعل.

والثاني: عكسه؛ لأنه إذا كان لا يفتقر إليها مع الفعل عند [...][٤] فأحرى عندهما مع القول.

(١) في ب: وما.

(٢) في ب: فإنه.

(٣) في أ: ولهذا.

(٤) بياض في الأصل.

ولو وطئها أو قبلها غير قاصد بذلك رجعتها لم يكن ذلك رجعة، ويعتزلها إن كان وطئها حتى يستبرئها، وله الرجعة في بقية العدة الأولى وليس له رجعة في هذا الاستبراء.

❋ ❋ ❋

الثالث: يفتقر إليها في الفعل دون القول، وهو المشهور.

قوله: (ولو وطئها أو قبَّلها غير قاصد بذلك رجعتها، لم يكن ذلك رجعةً، ويعتزلها إن كان وطئها حتى يستبرئها، وله الرجعة في بقية العدة الأولى، وليس له رجعةً في هذا الاستبراء).

ما ذكر أنه يعتزلها هو قول مالك في «المختصر»، ولا يعارَض هذا بقولهم فيمن حلف وكان على حنث، فإنه يوقف عنها، فإن وطئها قبل بِرّه فإنه لا يستبرئها؛ لأن العصمة هنا وقع فيها ثَلْم بخلاف المسألة المتوهمة معارضها فإن عصمتها لم يقع فيها ثَلْم.

وَفَرَّقَ أبو محمد بن أبي زيد[1] بينهما، [بأن وضعه][2] في الأيمان ضعيف؛ لأن بعض العلماء أجاز له الوطء.

وَقَبلَه المغربي ذكره في «الأيمان بالطلاق»، وهو ضعيف؛ لأن في هذه خلاف مَن سبق أيضًا وهو ابن وهب والليث، فلو كان وجود الخلاف رافعًا للاستبراء للزم [المراد][3].

❋ ❋ ❋

---

(١) «النوادر» (٥/ ٢٨٤).

(٢) في أ: فإن وقعت .

(٣) قي ب: اطراده .

باب: الفراق بالفسخ

فصل: الفراق بالفسح أو الطلاق:

ونكاح العبد بغير إذن سيده يفسخ بطلاق، وإنكاح المرأة نفسها، ونكاح الشغار، ونكاح المُحْرِم على روايتين:

إحداهما: أنه يفسخ بغير طلاق.

والأخرى: أنه فسخ بطلاق.

وفائدة كونه طلاقًا: أنه إذا فسخ نكاح الرجل من المرأة، ثم عاد فنكحها نكاحًا آخر بقيت عنده على تطليقتين متى أوقعهما حرمت عليه، فلم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

وفائدة كونه فسخًا بغير طلاق: أنه إذا نكحها نكاحًا ثانيًا كانت عنده على ثلاث تطليقات، لا تحرم عليه إلاّ بهن.

باب: الفراق بالفسخ أو الطلاق

قوله: (**قال: ونكاح العبد بغير إذن سيده يُفسخ بطلاق**).

يعني:إذا لم يجزه السيد.

وقال الأبهري: القياس فسخه وإن أجازه السيد؛ لأنه نكاح فيه خيار.

قوله: (**وإنكاح المرأة نفسها، ونكاح الشغار، ونكاح المحرم على روايتين:**

إحداهما: أنه يُفسخ بغير طلاق.

والأخرى: أنه يُفسخ بطلاق، وفائدة كونه طلاقًا:أنه إذا فُسخ نكاح الرجل من المرأة ثم عاد فنكحها نكاحًا آخر، بقيت عنده على تطليقتين متى أوقعهما حرمت عليه، ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، وفائدة كونه فسخًا بغير طلاق: أنه إذا نكحها نكاحًا ثانيًا، كانت عنده على ثلاث تطليقات لا تحرم عليه إلا بهن).

ما ذكره من أن الروايتين في نكاح المرأة نفسها كلاهما لابن القاسم، وبالأول قال ابن نافع.

فصل: في الفراق من اللعان والردة والعتق:

والفرقة بين المتلاعنين فسخ بغير طلاق، وقد قيل: هو فسخ بطلاق، والتحريم فيه مؤبد.

وإذا ارتد أحد الزوجين انفسخ النكاح بغير طلاق، وقد قيل: هو فسخ بطلاق

قوله: (والفُرقة بين المتلاعنين فسخ بغير طلاق، [وقد قيل: فسخ بطلاق][1]، والتحريم فيه مؤبد).

ما ذكره هو المشهور.

وقال ابن شعبان[2]: **عن ابن أبي سلمة**: إنه طلاق البتة، تحل [له][3] بعد زوج إن أكذب نفسه، ونحا إليه أشهب، وبه قال عبد الملك في «الثمانية».

قوله: (وإذا ارتد أحد الزوجين انفسخ النكاح بغير طلاق، وقد قيل: هو فسخ بطلاق).

القول الأول رواه ابن أبي أويس وابن الماجشون عن مالك.

والقول الثاني هو قولها في «كتاب النكاح الثالث»[4] وهو المشهور.

وفي المسألة قول ثالث، وهو: إن راجع الإسلام فإنه لا يلزمه شيء. قاله ابن الماجشون.

وإذا فَرَّعْنَا على الثاني فالطلقة بائنة، صَرَّحَ به فيها[5].

وقيل: إنها رجعية يكون أحق بها إذا راجع الإسلام في العدة، قاله ابن الماجشون أيضًا وسحنون والمغيرة، وهو مذهبها في «كتاب أمهات الأولاد»[6] في بعض

---

(١) سقط من ب.

(٢) «الزاهي» (ص/ ٤٨٢).

(٣) في ب: به .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٠٥).

(٥) «التهذيب» (٢/ ٤٨٣).

(٦) «التهذيب» (٢/ ٥٩٩).

واختيار الأمة نفسها إذا عتقت تحت العبد تطليقة.

فصل: فيما يهدم عدد الطلاق وما لا يهدمه:

ومن طلق امرأته تطليقة واحدة أو اثنتين ولم يرتجعها حتى انقضت عدتها، وتزوجت زوجًا غيره، ثم عاد الزوج الأول فتزوجها، فإنها تبقى عنده على ما بقي له من الطلاق في النكاح الثاني، ونكاح الزوج الثاني لا يهدم عدد الطلاق في النكاح الأول إذا لم يكمل عدده، فإن كمل عدده ثلاثًا هدمه الزوج الثاني، ولو نكحها قبل أن تتزوج كان ذلك أيضًا.

الروايات، وهو ظاهر كلام الشيخ لوصفه الطلقة بالبينونة في المسألة التي تليها.

ويريد الشيخ: ما لم تكن رغبة الزوجة في فراق زوجها لفتوى الفقيه الحوفي بذلك لما نزلت بباجة ووقف فيها ابن زرب.

وظاهر كلام الشيخ: ولو ارتد إلى دين زوجته، وهو كذلك عند ابن القاسم فيها[1].

وقال أصبغ: لا يُحال بينهما.

قوله: **(واختيار الأمة نفسها إذا عُتقت تحت العبد تطليقة بائنة)**.

سبق كلام الشيخ في هذه المسألة بأوعب من هذا فانظر لم كرر ذلك؟!

قوله: **(ومَن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ولم يرتجعها حتى انقضت عدتها [وتزوجت][2] زوجًا غيره، ثم عاد الزوج الأول فتزوجها فإنها تبقى عنده على ما كان بقي له من الطلاق في النكاح الأول، ونكاح الزوج الثاني لا يهدم عدد الطلاق في النكاح الأول، إذا لم يكمل عدده فإذا أكمل عدده ثلاثا هدمه الزوج الثاني، ولو نكحها قبل أن تتزوج كان كذلك أيضًا)**.

ما ذكره بيّن.

❀ ❀ ❀

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٦٤).

(٢) في ب: وتزوجها .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

❁ ❁ ❁